

LE CONFLIT DES LOIS EN MATIÈRE DE CONTRATS

dans le Droit des Etats-Unis d'Amérique
et le Droit Anglais
comparés au Droit Français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le 30 Mars 1938, à 14 heures

PAR

Jean-P. BARBEY

Avocat à la Cour

Diplômé de l'Institut de Droit comparé

Diplômé du Centre

de Préparation aux Affaires de la Chambre de Commerce de Paris

Docteur en Sciences juridiques américaines (S. J. D. Harvard)

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LÉVY-ULLMANN

Suffragants :	{	MM. JULLIOT de la MORANDIÈRE	{	Professeurs.
		NIBOYET.		

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}

ÉDITEURS

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1938

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

LE CONFLIT DES LOIS EN MATIÈRE DE CONTRATS

dans le Droit des Etats-Unis d'Amérique
et le Droit Anglais
comparés au Droit Français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le 30 Mars 1938, à 14 heures

PAR

Jean-P. BARBEY

Avocat à la Cour

Diplômé de l'Institut de Droit comparé

Diplômé du Centre

de Préparation aux Affaires de la Chambre de Commerce de Paris

Docteur en Sciences juridiques américaines (S. J. D. Harvard)

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LÉVY-ULLMANN

Suffragants :	{	MM. JULLIOT de la MORANDIÈRE NIBOYET.	}	Professeurs.
---------------	---	--	---	--------------

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}

ÉDITEURS

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1938

Tous droits de reproduction, de traduction et d'adaptation réservés pour tous pays.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



ABRÉVIATIONS

I

DROIT AMÉRICAIN

A. — RECUEILS DE JURISPRUDENCE

Ark.	<i>Arkansas Reports.</i>
A. L. R.	<i>American Lawyer's Reports.</i>
Ariz.	<i>Arizona Territory Supreme Court.</i>
Cal.	<i>California Reports.</i>
Fed.	<i>The Federal Reporter.</i>
Grant (Pa).	<i>Grant's cases Pennsylvania.</i>
Ia.	<i>Iowa Reports.</i>
Ill.	<i>Illinois Reports.</i>
Ky.	<i>Kentucky Reports.</i>
La.	<i>Louisiana Reports.</i>
Mass.	<i>Massachusetts Reports.</i>
Mc. Arthur.	<i>Mc. Arthur's Reports, District of Columbia.</i>
Me.	<i>Maine Reports.</i>
Metc.	<i>Metcalf's Reports, Massachusetts Reports.</i>
Mich.	<i>Michigan Reports.</i>
Minn.	<i>Minnesota Reports.</i>
Misc.	<i>Miscellaneous Reports, New-York.</i>
Miss.	<i>Mississippi Reports.</i>
N. C.	<i>North Carolina Reports.</i>
N. E.	<i>Northeastern Reports.</i>
N.-J.	<i>New-Jersey Reports.</i>
N. W.	<i>Northwestern Reports.</i>
N.-Y.	<i>New-York Reports.</i>
Ohio St.	<i>Ohio State Reports.</i>
R. I.	<i>Rhode Island Reports.</i>
S. E.	<i>Southeastern Reports.</i>
S. W.	<i>Southwestern Reports.</i>
Tenn.	<i>Tennessee Reports.</i>
U. S.	<i>United States Reports.</i>
Wisc.	<i>Wisconsin Reports.</i>
Woods.	<i>Wood's Reports, U. S. Circuit Courts 5th Circuit.</i>
Wyo.	<i>Wyoming Reports.</i>

B. — PÉRIODIQUES

Col. L. Rev.	<i>Columbia Law Review.</i>
Corn. L. Q.	<i>Cornell Law Quarterly.</i>
Harv. L. Rev.	<i>Harvard Law Review.</i>
Ill. L. Rev.	<i>Illinois Law Review.</i>
Mich. L. Rev.	<i>Michigan Law Review.</i>
Minn. L. Rev.	<i>Minnesota Law Review.</i>
Tex. L. Rev.	<i>Texas Law Review.</i>
U. Chig. L. Rev.	<i>University of Chicago Law Review.</i>
U. of Pa. L. Rev.	<i>University of Pennsylvania Law Review.</i>
W. Va L. Q.	<i>West Virginia Law Quarterly.</i>
Yale L. J.	<i>Yale Law Journal.</i>

II

DROIT ANGLAIS

A. — RECUEILS DE JURISPRUDENCE

A. C.	<i>Appeal Cases.</i>
All. E. R.	<i>All. England Reports.</i>
Beav.	<i>Beavans Reports, English.</i>
Burr.	<i>Burrow's Reports.</i>
Camp.	<i>Campbell's Reports.</i>
C. B.	<i>English Common Bench Reports, by Manning, Granger and Scott.</i>
Ch.	<i>English Chancery Cases.</i>
Ch. D.	<i>Chancery Division Law Reports.</i>
Cl. & F.	<i>Clarke and Finnely's Reports.</i>
De G. & Sm.	<i>De Gex & Smale's Reports.</i>
Esp.	<i>Espinasse (N. P.).</i>
Hagg. Con.	<i>Haggard's Consistory Reports.</i>
H. L. C.	<i>House of Lords Cases (Clarks).</i>
K. B.	<i>King's Bench.</i>
L. J. Chan.	<i>Law Journal Chancery Reports.</i>
L. R. App. Cas.	<i>Law Reports, English Appeal Cases.</i>
L. R. C. P.	<i>Law Reports, English Common Pleas.</i>
L. R. Q. B.	<i>Law Reports, English Queen Bench.</i>
Milw. Eccl.	<i>Milward's Reports, Irish Prerogative Ecclesiastical.</i>
Moo. P. C. (N. S.).	<i>Moore's Privy Council Cases, New Series English.</i>
P.	<i>Probate.</i>
P. D.	<i>Probate Division, English Law Reports.</i>
Q. B.	}
Q. B. D.	
S. C. Q.	<i>Superior Court Reports, Quebec.</i>

Sess. Cas.	<i>Session Cases, Scotch.</i>
Sm. and Giff.	<i>Smale & Giffard.</i>
Sw. and Tr.	<i>Swabey & Tristram's Reports, English.</i>
T. L. R.	<i>Times Law Reports.</i>
T. R.	<i>Term Reports, Dunford & East K. B.</i>
Trans. Prov. Div.	<i>Transvaal Provincial Division.</i>

B. — PÉRIODIQUES

Brit Y. Book.	<i>British Year Book of international Law.</i>
Can. B. Rev.	<i>Canadian Bar Review.</i>
J. Soc. Comp. Leg and Int. Law.	<i>Journal of the Society of Comparative Legis- lation and International Law.</i>
L. Q. Rev.	<i>Law Quarterly Review.</i>

III

DROIT FRANÇAIS

Clunet	<i>Journal du droit international</i> , fondé en 1874, par E. Clunet.
D.	Dalloz, <i>Jurisprudence générale</i> , recueil péri- odique.
S.	Sirey, <i>Recueil général des lois et arrêts.</i>
Nouv. Rev. droit in- tern.	<i>Nouvelle Revue de droit international privé</i> , fondée en 1934 par MM. de la Pradelle et Goulé.
Rev. Crit. droit intern.	<i>Revue critique de droit international</i> , fondée par M. Niboyet, en 1934.
Rev. droit intern. privé.	<i>Revue de droit international privé</i> , fondée en 1905, par Darras et continuée par MM. de la Pradelle et Niboyet, jusqu'en 1934.
Rev. droit intern. lég. comp.	<i>Revue de droit international et de législation comparée</i> , publiée à Bruxelles, fondée en 1869, par T. M. C. Asser, J. Rollin-Jacque- myns et J. Westlake.
Rec. des Cours.	<i>Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye.</i>

INTRODUCTION

I. — C'est à l'occasion de la conclusion des contrats, que se sont développés les premiers conflits de lois. Les transactions des marchands, dans la prospère Italie du Moyen-Age, soulevaient des conflits entre les Statuts des diverses villes. Ces conflits qu'on pourrait qualifier d'inter-municipaux, préoccupèrent l'Ecole des post-glossateurs du ^{xiv}^e siècle.

De nos jours, le nombre des conflits de lois en matière de contrats a augmenté. Ces conflits ont également changé de caractère. Il ne s'agit plus de conflits entre législations particulières, en vigueur dans une même unité politique, mais de conflits internationaux, car le contrat est devenu le rouage essentiel des relations économiques internationales. Le juriste a le devoir de dégager des règles précises et claires, susceptibles d'être acceptées par tous les pays, et de faciliter ainsi la tâche de l'homme d'affaires.

II. — Malheureusement cette unification des règles de conflit de lois en matière de contrats, si désirable qu'elle puisse être, est loin d'être réalisée. En France, le chapitre des contrats soulève des problèmes de droit international privé qui peuvent être rangés parmi les plus ardu.

A. — Ainsi, en matière de capacité, on se demande s'il conviendrait d'abandonner la loi nationale pour revenir à la règle traditionnelle de la loi du domicile, voire même

au système de la loi du contrat. La loi nationale n'est prévue par le Code Civil que dans le seul cas du français contractant à l'étranger, et sa généralisation apparaît comme une conséquence directe de la doctrine italienne de la personnalité du droit. Or, son application n'est pas sans entraîner certains inconvénients, notamment au point de vue de la protection des tiers. Les Tribunaux y ont été si sensibles qu'ils tendent à éliminer la loi étrangère normalement applicable comme loi nationale du contractant par un certain nombre de procédés bien connus : l'ordre public, la théorie de l'intérêt national, l'admission du renvoi et l'utilisation d'une qualification appropriée (1). Le problème de la loi, applicable en matière de capacité, se pose donc en France avec une acuité toute particulière (2).

B. — En ce qui concerne les conditions de forme, la règle *locus regit actum* est généralement consacrée en droit posi-

(1) Nous étudierons les procédés employés par la jurisprudence française pour limiter l'application de la loi étrangère en matière de capacité, en les comparant avec les procédés équivalents des droits américain et anglais dans le livre second (cf. *infra*, pp. 245 et s.).

(2) Le Comité français de droit international privé, depuis sa fondation le 5 février 1934, n'a pas consacré moins de trois séances au problème de loi applicable à la capacité (Cf. *Les Travaux du Comité français de droit international privé*, 1934, 1935 et 1935-1936). Cette question a fait également l'objet de discussions à la Société d'études législatives (Cf. le projet voté par cette Société, et qui vise le cas de l'incapable étranger contractant en France, *Bull. de la Soc. d'études lég.*, 1928, pp. 340 et s.) et à l'Institut de droit international (Cf. le projet de résolution adopté sur le rapport de MM. STREIT et NIBOYET, aux Sessions de Cambridge et d'Oslo, *Ann. de l'Institut de droit international*, 1931, vol. 36, pp. 163 et s., et 1932, vol. 37, pp. 186 et s.).

tif, mais son application soulève certains problèmes en doctrine (1). On se demande en effet si elle a un caractère obligatoire ou facultatif, c'est-à-dire si les parties sont tenues obligatoirement de suivre les formes de la loi locale du contrat (2), ou si au contraire elles sont libres de choisir une autre loi (3).

La solution à adopter sur ce point dépend du fondement que l'on reconnaît à cette règle (4). Il est certain, en effet, que si on lui attribue un fondement d'utilité pratique, elle ne doit présenter qu'un caractère facultatif, car elle a été admise pour venir en aide aux contractants et non

(1) Ces problèmes ont retenu l'attention de l'Institut de droit international à sa Session de Lausanne en 1927 (Voy. les délibérations et le projet de résolution dans l'*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1937, vol. 3, pp. 169 et s., pp. 339 et s.).

(2) Les expressions de « loi locale du contrat », ou mieux encore de *lex loci actus*, seront utilisées au cours de cette étude pour désigner la loi du lieu de passation du contrat, spécialement applicable aux conditions de forme en droit anglais et en droit français. Ces expressions sont d'un emploi courant chez les auteurs modernes (Cf. notamment: BARTIN, *Principes de droit international privé* (1932), vol. II, p. 437, pour l'expression de « loi locale du contrat », et NIBOYET, *Manuel de droit international privé* (1928), p. 813, pour celle de *lex loci actus*). Elles évitent toute confusion possible entre la loi qui régit les formes et la loi applicable au fond. (Cf. sur les dangers d'une pareille confusion: NIBOYET, *op. cité supra*, p. 813). Elles n'auront pas à être employées en droit américain, où les formes sont soumises au même régime que les conditions de fond et où la loi du lieu de passation n'est jamais appliquée que comme loi du contrat.

(3) La jurisprudence qui consacre cette dernière solution est critiquée par certains auteurs. Cf. notamment: ARMINJON, *Les formes des actes en droit international privé*, Rev. dr. intern. privé, 1925. 489; 1926, 161.

(4) Cf. en ce sens, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé* (3^e éd.), p. 275, n° 244.

point pour entraver leurs transactions. Si, au contraire, on lui attribue un fondement théorique, elle doit revêtir nécessairement un caractère obligatoire (1).

Il est permis également d'avoir des doutes, lorsqu'il s'agit de déterminer le domaine d'application de la règle *locus regit actum* (2) ; aussi convient-il de préciser les formes qui lui sont soumises et celles qui lui échappent.

C. — Enfin les conditions de fond et les effets du contrat suscitent également de délicats problèmes (3).

Tout d'abord, il s'agit de savoir s'il est possible d'appliquer en cette matière une loi unique, ou si, au contraire, le contrat doit être morcelé entre plusieurs lois (4).

En second lieu, si l'on admet le système de la loi du contrat, il convient de préciser comment cette loi doit être déterminée. Le principe de l'autonomie de la volonté est généralement consacré en droit positif. Certains auteurs ont

(1) La loi locale du contrat est alors appliquée non plus *utilitatis causa*, mais en vertu du principe du territorialisme.

(2) Voy. sur les difficultés que présente la délimitation du domaine de la règle *locus regit actum*, PILLET, *Principes de droit international privé* (1903), p. 473, n° 254.

(3) Ces problèmes ont été mis à l'ordre du jour de plusieurs Sessions de l'Institut de droit international, sans que l'on arrive d'ailleurs à surmonter les difficultés qu'ils présentent. (Voy. les délibérations et résolutions de l'*Institut de droit international*, à la Session d'Edimbourg en 1904 (Ann. 1904, vol. 20, pp. 132 et s.), à la Session de Florence en 1908 (Ann. 1908, vol. 22, pp. 55 et s.), à la Session de La Haye en 1925 (Ann. 1925, vol. 32, pp. 501 et s.), à la Session de Lausanne en 1927 (Ann. 1927, vol. 33, pp. 937 et s.), etc.

(4) Voy. sur ce problème: NIBOYET, *Manuel de droit international privé* (1928), pp. 808-809, n° 692 bis.

cependant critiqué cette solution, en déclarant qu'il n'y a pas de principe « de l'autonomie de la volonté », mais seulement un principe « de la liberté des conventions », dans les limites fixées par la loi compétente (1). La jurisprudence n'a pas suivi cette doctrine, elle étend la loi d'autonomie même en matière impérative. On peut se demander s'il faut l'approuver.

Enfin, certaines questions peuvent se poser quant au fonctionnement pratique du principe de l'autonomie de la volonté.

Lorsque les parties ont manifesté leur volonté, la jurisprudence française leur laisse une liberté absolue dans le choix de la loi applicable (2). Est-ce là une solution satisfaisante et ne conviendrait-il pas plutôt de limiter le choix des parties à une loi ayant un certain rapport avec le contrat ?

Lorsqu'au contraire les parties n'ont manifesté leur volonté ni expressément ni tacitement, la jurisprudence, bien que faisant appel à l'idée de volonté présumée, ce que certains auteurs ont d'ailleurs critiqué (3), doit nécessairement s'appuyer sur des critères objectifs.

Mais il est permis alors d'éprouver quelque hésitation à choisir entre un système de règles générales applicables à tous les contrats, tel que le système de la *lex loci contractus* ou de la *lex loci solutionis*, et un procédé plus souple,

(1) Cf. NIBOYET, *Manuel de droit international privé* (1928), pp. 803 et s.

(2) Cf. sur ce point *infra*, pp. 234 et s.

(3) Cf. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Thèse, Strasbourg 1927, p. 453.

consistant à rechercher la loi propre à chaque type de contrat, voir-même à chaque contrat (1).

III. — Ces divers problèmes ont suscité de nombreuses études, ils ont mis aux prises les représentants les plus illustres de la science du droit international privé ; néanmoins les solutions restent assez divergentes et contradictoires.

Si nous avons entrepris de les étudier, après tant d'autres mieux qualifiés que nous, c'est avec l'intention d'utiliser la méthode d'observation objective du droit comparé, afin de nous libérer des controverses d'écoles, pour nous mettre en présence des faits.

La méthode comparative présente des avantages qui sont bien connus. Elle permet au juriste de mieux comprendre les problèmes de son droit propre, en les voyant avec plus de relief, après les avoir étudiés dans un droit dont les conceptions sont très éloignées de celles de son droit national.

Cette méthode est particulièrement recommandable en droit international privé, car l'on se trouve en présence de règles d'un énoncé simple, et qui se prêtent mieux que celles du droit interne à l'unification (2).

La comparaison des droits nous permettra de déterminer le degré d'universalité des principes de notre droit, et par conséquent d'apprécier dans une certaine mesure s'il est

(1) Voy. l'exposé de ces divers systèmes dans CALEB: *op. cit.*, note *supra*, pp. 367 et s.

(2) Comme l'écrit justement F. KAHN: « Dans la théorie du droit international privé, l'avenir est à la méthode du droit comparé ». *Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit international privé*, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, vol. 29, p. 407.

opportun de les conserver. Il nous mettra en outre à l'abri d'une tendance sévissant en droit international privé, à céder à l'a priori et à l'abstraction (1).

IV. — Nous avons choisi pour cette étude comparative, le droit américain (2) et le droit anglais (3), pour diverses raisons qu'il nous faut indiquer.

(1) BALOGH, « *Le rôle du droit comparé dans le droit international privé* », *Recueil des Cours de La Haye*, 1936, III, p. 662.

(2) Pour désigner le droit des Etats-Unis d'Amérique, nous utiliserons au cours de cette étude, *brevitatis causa* l'expression « droit américain », traduite directement de l'expression *american law*, fréquemment employée en ce sens chez les auteurs américains. (Cf. notamment POUND, *The spirit of the Common Law* (1921), p. 148). C'est d'ailleurs en ce sens que l'expression est utilisée par les auteurs français (Cf. notamment, MADRAY, *Des contrats d'après la récente codification privée faite aux Etats-Unis, Etude comparée de droit américain et de droit français* (1936).

Il convient cependant de remarquer qu'il n'existe pas à proprement parler de « droit des Etats-Unis d'Amérique » (droit américain). Le praticien ne connaît en effet aux Etats-Unis, que des droits particuliers à chaque Etat et différents les uns des autres. Mais il est possible au-dessus des droits particuliers aux différents Etats, de dégager certains principes communs, ou tout au moins susceptibles de le devenir. Aussi, utiliserons-nous l'expression de « droit américain », dans le sens où l'emploie M. E. LAMBERT, qui définit le « droit américain », comme étant « l'ensemble des conceptions prépondérantes et des principes courants de la jurisprudence, qui se dégagent à l'intérieur du groupement naturel que forment les quarante-huit législations autonomes » (Cf. E. LAMBERT, *L'enseignement du droit comparé* (1919), p. 63).

C'est précisément, « le droit américain » ainsi compris, que l'*American Law Institute* se propose de dégager dans les codifications (*restatements*), qu'il dirige pour les différentes branches du droit, bien que cet objectif n'ait pas été pleinement atteint dans le *restatement* du droit international privé, qui consacre purement et simplement le système du Professeur BEALE, de Harvard, choisi comme rapporteur, alors que ce système est

D'abord à cause du caractère coutumier de ces deux droits. En effet ceux-ci constituent, de ce fait, des cadres favorables à l'étude des délicats problèmes de conflit de lois, le droit international privé lui-même, étant de formation essentiellement jurisprudentielle. La méthode casuistique des juges américains et anglais, l'esprit positiviste de leurs solutions (1), ont permis le développement de règles

assez éloigné des solutions les plus généralement adoptées par les tribunaux.

(3) *Stricto sensu*, l'expression « droit anglais », devrait désigner exclusivement le droit de l'Angleterre proprement dite, et s'opposer par conséquent au « droit anglo-saxon », (droit des pays de langue anglaise), au « droit de l'Empire Britannique », au « droit des Iles Britanniques » et enfin au droit de la « Grande-Bretagne » (Cf. en ce sens : LÉVY-ULLMANN, *Eléments d'introduction générale à l'étude des Sciences juridiques*, Tome premier; II, *Le Système juridique de l'Angleterre* (1928), préface p. 3).

Nous utiliserons cette expression dans un sens légèrement élargi, ce qui nous permettra de faire quelques allusions aux droits écossais, irlandais, sud-africain et enfin au droit de la Province de Québec, qui présente cette particularité de consacrer les principes de l'Ancien droit français. (Voy. sur le droit canadien en matière de conflit des lois, particulièrement sur celui de la Province de Québec : FABRE-SURVEYER, « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Canada », *Rec. des Cours*, 1935, vol. III, pp. 177 et s.; voy. aussi le récent ouvrage de M. JOHNSON, *The conflict of laws with special reference to the law of the Province of Quebec*, en trois volumes parus respectivement en 1933, 1934 et 1937, analysés par nous au CLUNET 1936, pp. 251 et s. et au CLUNET, janv.-fév. 1938 (sous presse). L'ouvrage de M. JOHNSON est d'un grand intérêt pour le lecteur français, car les arrêts de jurisprudence ne sont pas simplement cités, ils font l'objet d'analyses minutieuses. Ce livre constitue dès lors à la fois un manuel et un recueil de jurisprudence (*Case Book*).

(1) Comme l'écrit M. POUND : « Ce qui fait la force de la *Common Law*, c'est la manière dont s'y trouvent traités les problèmes que pose la

de conflit de lois, dont l'étude offre un grand intérêt pour le juriste français.

Une seconde raison a guidé notre choix : c'est que la formation coutumière de ces deux droits, leur a permis d'échapper à l'influence de l'Ecole italienne de la personnalité des lois. Au moment même où, en France, se dessine un mouvement de régression vers les principes traditionnels, par réaction contre les idées de l'Ecole italienne (1), il est intéressant de rechercher ce que sont devenus les princi-

pratique, tandis qu'au contraire la valeur du « Système Continental », rival de la *Common Law*, réside dans sa faculté de développer d'une manière logique des conceptions abstraites. » (Cf. POUND, *The spirit of the Common Law* (1921), p. 21).

Ce caractère essentiellement pratique des solutions de la *Common Law* est particulièrement marqué en droit international privé anglais (Cf. sur ce point : HARRISON, *Jurisprudence and the Conflict of Laws*, 1919). On peut trouver un résumé en langue française, des idées essentielles de cet ouvrage dans un article de cet auteur publié au CLUNET, intitulé : « *Le droit international privé ou le conflit des lois au point de vue historique, particulièrement en Angleterre* », CLUNET, 1880, pp. 418 et s., 553 et s.).

(1) Voir les tendances très nettes en ce sens dans « les Travaux du Comité français de droit international privé », 1934 et 1935. Cf. notamment le rapport de M. LOUIS-LUCAS, *La territorialité du droit et les tendances nouvelles en ce sens* (Travaux du Comité français de droit international privé, 1934, pp. 13 et s.); cf. aussi du même auteur : *L'impérieuse territorialité des lois* (*Revue critique de droit international*, 1935, pp. 633 et s.), et J.-P. NIBOYET, *Considérations sur quelques idées actuelles en France en matière de conflit des lois* (*Mélanges Mahaim*, 1935, vol. 2, pp. 663 et s.).

Il est intéressant de remarquer que cette même tendance se trouve dans la jurisprudence postérieure à la guerre, comme cela ressort du magistral travail de M. J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la Jurisprudence française en matière de conflit des lois, depuis le début du XX^e siècle*, Thèse Paris, 1937.

pes traditionnels dans des pays où cette influence n'a point pénétré. Les solutions du droit américain et du droit anglais nous fourniront un élément d'appréciation quant à l'opportunité d'un retour aux principes anciens, et quand à la possibilité de voir s'établir dans l'avenir une coutume internationale universelle.

Enfin cette étude se justifie encore par l'intérêt que présentent les caractères particuliers des jurisprudences américaine et anglaise, en matière de conflit des lois. Le volume de la première est considérable (1), la seconde présente des arrêts d'une grande précision dans les motifs (2). Elles offrent donc des qualités qui, en cette branche du droit, font défaut à la jurisprudence française, dont les arrêts sont peu nombreux et souvent mal motivés, ce qui tend à rendre le développement du droit international privé particulièrement difficile et incertain. L'étude des jurisprudences américaine et anglaise contribuera à éclairer cette matière (3).

(1) C'est qu'en effet, si les différents Etats de la fédération américaine, ont entre eux un certain fond commun juridique, dérivé des principes de la *Common Law* auxquels ils sont attachés, à l'exception de l'Etat de la Louisiane, des différences assez grandes les séparent. Elles tiennent à un régionalisme sentimental très poussé. Comme par ailleurs, les échanges entre Etats, sont fréquents, du fait d'une interdépendance économique étroite, il en résulte de nombreuses sources de conflits de lois.

(2) Les juges anglais, fortement attachés au principe de la force obligatoire des précédents (cf. sur ce point *infra* p. 23), sont amenés à indiquer, plus complètement que les juges français, et même que les juges américains, (car aux Etats-Unis ce principe s'est considérablement affaibli, voyez *infra* pp. 24-25), les faits *particuliers* de chaque espèce, pour les comparer avec ceux d'arrêts précédemment rendus. Par là même, leurs décisions sont plus claires et évitent des interprétations divergentes.

(3) Le grand volume de la jurisprudence américaine en matière de conflit des lois, permet de raisonner avec plus de sûreté, les arrêts four-

V. — Le moment est favorable pour entreprendre une étude sur ces jurisprudences américaine et anglaise, car l'année 1935 a vu paraître deux ouvrages fondamentaux : aux Etats-Unis, le grand traité du Professeur Beale de Harvard (1), en Angleterre, un ouvrage, qui pour être de dimension plus modeste n'en est pas moins fort remarquable, celui du Professeur Cheshire d'Oxford (2).

Ces deux ouvrages diminuent les obstacles d'ordre matériel, auxquels se heurte l'étude des jurisprudences américaine et anglaise, en matière de conflit des lois (3). Ils marquent profondément le développement de cette branche du droit, en même temps qu'ils font apparaître les différences qui existent entre le droit américain et le droit anglais et qui tiennent, tant au caractère de la doctrine qu'aux solutions de la jurisprudence (4). Indiquons d'un

nissant des exemples de toutes les hypothèses susceptibles de se présenter, et aussi de dégager au-dessus de la diversité des systèmes, certaines tendances générales par une image plus nette des questions.

(1) BEALE, *A treatise on the conflict of laws* (3 vol.), 1935 et cf. notre article : « L'œuvre du professeur Beale de Harvard », *Revue critique de droit international* 1936, pp. 86 et s.

(2) CHESHIRE, *Private international law* (1 vol.), 1935, cf. le compte-rendu de M. NIBOYET dans la *Revue critique de droit international*, 1935, p. 595.

(3) Ces obstacles sont particulièrement grands pour l'étude de la jurisprudence américaine, dont les arrêts rendus en cette matière se trouvent dispersés dans des recueils de jurisprudence, paraissant au nombre de plus d'une cinquantaine de volumes chaque année, alors qu'il n'existe pas de revues spécialisées de droit international privé. Ce sont ces obstacles que le traité de M. BEALE fait disparaître, puisqu'il systématise plus de 15.000 décisions, dont il donne les références. A ce seul titre, il aura mérité de la postérité.

(4) Il existe aux Etats-Unis des collections de *cases*, utilisées dans les

mot en quoi consistent ces deux ordres de différences et comment elles s'expliquent.

VI. — La doctrine a suivi aux Etat-Unis depuis Story, dont le traité, publié en 1834 (1) représente le point de départ du droit international privé américain, une méthode beaucoup plus systématique qu'en Angleterre. Elle s'est efforcée de dégager des règles générales. Une codification officielle du droit international privé américain a été réalisée en 1934 (2), parallèlement à des codifications d'autres branches du droit (3). Elle a consacré entièrement le système de son rapporteur, le professeur Beale de Harvard, qui a publié en 1935 un traité monumental sur cette branche du droit (4). Le système de M. Beale, et par conséquent celui du Restatement qui en est le résumé, est dominé par la

Ecoles de droit et qui renferment les principaux arrêts rendus en matière de conflit des lois. Il convient de signaler à côté des ouvrages de MM. BEALE (2^e éd. 1927) et LORENZEN (3^e éd. 1932), le récent recueil de MM. CHEATHAM, DOWLING et GOODRICH, publié en 1936, auquel il sera souvent référé au cours de cette étude. (CHEATHAM, DOWLING and GOODRICH, *Cases and other materials in Conflict of Laws* 1936). Pour l'Angleterre, le meilleur recueil de Jurisprudence en matière de Conflit de lois, reste celui de M. HIBBERT publié en 1931 (HIBBERT, *Leading cases in Conflict of Laws*).

(1) STORY, *Commentaries on the conflict of laws*, 1 ed., Boston, 1834; cf. l'article de M. LORENZEN écrit en 1934, à l'occasion du centenaire de cet important ouvrage: « *Story's Commentaries on the conflict of laws. One hundred after* », 48 Harv., L. Rev. 15 (1934), traduit dans la *Revue crit. de droit intern.* 1935, pp. 295 et s.

(2) *Restatement of the law of conflict of laws, as adopted and promulgated by the American Law Institute*, Washington, 1934.

(3) Notamment celle des contrats publiée en 1932; cf. MADRAY, *Des contrats d'après la récente codification privée faite aux Etats-Unis* (1936).

(4) BEALE, *A Treatise on the conflict of laws*, 3 vol., 1935.

préoccupation de déduire toutes les règles du droit international privé, du principe du territorialisme (1).

Cette doctrine a soulevé d'assez vives critiques de la part d'un groupe d'auteurs, dont le représentant le plus illustre est le Professeur Lorenzen de l'Université de Yale (2). Ces auteurs reprochent au système de M. Beale d'être trop rigide. Ils préconisent des méthodes plus souples, tenant mieux compte des besoins du commerce, et rejoignent par là les préoccupations qui sont celles de la doctrine anglaise en la matière.

Le volume moins considérable de la jurisprudence anglaise révèle un attachement plus grand aux précédents (3),

(1) Nous employons ici l'expression « territorialisme » de préférence à celle de « territorialité », (que nous réservons pour l'application de la *lex rei sitae*, car particulier de « territorialisme »), pour désigner la tendance générale à faire prévaloir la loi tirée du sol ou de la situation et à appliquer non seulement la *lex rei sitae*, mais encore la *lex loci actus*, la *lex loci contractus*, ou même la loi du domicile (voy. la note 3, *infra* p. 26).

(2) Cf. sur les critiques que l'Ecole de Yale a adressées au système de M. BEALE, *infra* pp. 124, 126. Voir aussi notre étude : « L'œuvre du Professeur Beale de Harvard », *Rev. crit. de droit international* 1936, pp. 86 à 96. Cette opposition entre la méthode systématique de M. BEALE et la méthode plus opportuniste et analytique de M. LORENZEN, est intéressante à étudier, car elle n'est pas spéciale au droit américain, on la retrouve également en France, où la doctrine est partagée entre les tenants de la méthode systématique et les tenants de la méthode analytique. (Cf. sur ce point : LÉVY-ULLMANN, *Cours de droit international privé* (1931-1932), p. 439 et s. C'est là une opposition éternelle et universelle, l'esprit humain oscillera toujours entre ces deux formes de la pensée juridique, toutes deux nécessaires au développement du Droit.

(3) Cf. GOODHART, « *Case law in England and America* », 15 *Corn. L. Q.* 173 (1928) ; voy. aussi du même auteur, « *Precedents in England and America* », 50 *L. Q. Rev.* 40 (1934).

qui se reflète dans une doctrine moins portée à la systématisation et plus à l'analyse de la jurisprudence.

Les auteurs se contentent, en Angleterre, en général, d'analyser le droit positif avec le plus de clarté et d'exactitude possible. La doctrine classique de Westlake (1) et de Dicey (2) est, à cet égard, particulièrement caractéristique. Leurs ouvrages se présentent beaucoup plus sous la forme de répertoires de jurisprudence que de traités systématiques.

Mais, en 1935, le Professeur Cheshire d'Oxford a publié un manuel de droit international privé (3), qui semble marquer quelque peu une rupture avec la méthode analytique de Westlake et de Dicey. M. Cheshire s'y efforce de dégager des solutions rationnelles et logiques, en allant parfois au delà du droit positif (4), pour dégager le droit tel qu'il devrait être. Il se rapproche par là de la méthode que suit la doctrine américaine, sans cependant la rejoindre, car celle-ci reste plus systématique et moins attachée à la jurisprudence.

(1) WESTLAKE, *A treatise on Private international law or the conflict of laws*, 1^{re} éd. 1858, avec de nombreuses éditions postérieures. Cf. le compte-rendu que donne de cet ouvrage M. BEALE, dans la *Revue juridique de Harvard*, 39 *Harv. L. Revue* 530 (1925).

(2) DICEY, *A Digest of the law of England with reference to the conflict of laws*, 1^{re} éd. 1896, avec de nombreuses éditions postérieures. Cf. BEALE, « *Dicey's Conflict of laws* » 10 *Harv. L. Rev.* 168 (1896), voy. aussi du même auteur, le compte-rendu de la troisième édition par KEITH, 36 *Harv. L. Rev.* 726 (1922).

(3) CHESHIRE, *Private international law* 1935. Cf. le compte-rendu de M. NIBOYET dans la *Rev. Crit. de droit intern.* 1935 p. 595. Voir aussi le compte-rendu de M. BEALE, 40 *L. Q. Rev.* 537 (1935).

(4) Cf. sur ce point la préface de l'auteur.

Si la doctrine américaine présente un caractère plus systématique que la doctrine anglaise, la chose s'explique par un affaiblissement aux Etats-Unis du principe de la force obligatoire des précédents. C'est qu'en effet si ce principe est en harmonie avec l'organisation judiciaire de l'Angleterre : centralisation de la justice, valeur professionnelle et indépendance des juges, il est beaucoup moins bien adapté à l'organisation judiciaire des Etats-Unis, où de nombreux facteurs tendent à le faire disparaître ou tout au moins à en réduire considérablement la portée (1).

Tout d'abord en raison du volume considérable de la jurisprudence, les juges américains s'attachent aux *dicta* plus qu'à la *ratio decidendi* et le principe de *stare decisis* devient celui de *stare dictis* (2).

Par ailleurs, la valeur professionnelle des juges est beaucoup moins grande aux Etats-Unis qu'en Angleterre du fait de la multiplicité des juridictions (3). Le juge américain

(1) Cf. GOODHART, *Case law in England and America* (1928) 15 *Corn. L. Q.* 173 (1928). — Voir aussi LÉVY-ULLMANN: *Cours de droit civil comparé* (doctorat), professé à la Faculté de droit de Paris (1936-1937), p. 412.

Ce mouvement aux Etats-Unis, d'affaiblissement du principe de la force obligatoire du précédent, est intéressant à comparer avec l'évolution inverse du droit français, vers la reconnaissance à la Jurisprudence d'une plus grande autorité. (Cf. sur ce point notre compte-rendu de l'ouvrage de H. CAPITANT: « *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* » dans la *Revue juridique de Harvard* (1934) 48 *Harv. L. Rev.* 351 et s.).

(2) Cf. *infra*, p. 145, les conséquences de cette tendance sur la détermination de la loi du contrat.

(3) Cf. sur ce point, BATIFFOL, « *Remarques sur le fonctionnement de la justice civile aux Etats-Unis* ». (*Bulletin trimestriel de la Société de Législation comparée*, 1937, p. 111).

sera dès lors plus porté que le juge anglais à s'appuyer sur la doctrine, d'autant plus que les nécessités du Commerce « interétatique » rendent urgente l'élaboration de règles uniformes et que la doctrine est bien placée pour les dégager. *L'American law Institute*, par ses travaux de codification, les grandes Universités de *Harvard*, *Yale* et *Columbia* par les élites qu'elles rassemblent sont autant de foyers d'unification du droit (1).

VII. — Mais ce n'est pas seulement par le caractère de la doctrine que le droit américain diffère du droit anglais, c'est encore par les solutions de la jurisprudence. Aux Etats-Unis, les arrêts consacrent un territorialisme beaucoup plus accentué qu'en Angleterre.

Cela est particulièrement frappant dans le chapitre des contrats qui est celui de notre étude. Tandis qu'en effet les règles de capacité restent soumises en droit anglais à la loi du domicile, elles sont au contraire rattachées, en droit américain, au même régime que les conditions de fond (2). Or si l'application de la loi du domicile constitue du territorialisme (3) celui-ci est bien moins prononcé qu'avec le système de la loi du contrat.

(1) *L'American Law Institute* dans le *Restatement* ne vise pas à dégager le droit de tel ou tel Etat, mais un droit commun susceptible d'être adopté par tous les Etats. (Cf. Préface au *Restatement de droit international privé*, p. 1). De même les Ecoles de droit aux Etats-Unis, enseignent ce qu'on pourrait appeler un « *Common law américain* », cf. ALFRED ZANTZINGER REED, « *Present day law schools in the United States and Canada* » (1928), publication de la *Fondation Carnegie*.

(2) Cf. *infra*, pp. 37 et s. Voy. aussi notre article : « *De l'adoption d'une loi unique pour résoudre les conflits de lois relatifs à la détermination des conditions de validité des contrats* ». *Clunet* 1936, p. 803 et s.

(3) Comme cela a été démontré d'une manière magistrale par M. le

Cette différence entre l'orientation du droit américain et celle du droit anglais est une conséquence de la nature particulière du conflit des lois aux Etats-Unis, qui résulte presque toujours de la diversité des législations existant entre les différents Etats de la Fédération américaine. C'est en effet dans la quasi-unanimité des cas, des *conflits interétatiques* (1), que les tribunaux américains ont à résoudre. Or ce genre de conflit requiert des règles, d'une application plus rigide et plus sûre, que les conflits internationaux du droit anglais (2).

Professeur LÉVY-ULLMANN, dans le cours qu'il professe cette année même (1937-1938) sur le conflit des lois en droit anglais. Nous regrettons que ce cours ne soit encore qu'à ses débuts, au moment où nous sommes obligés de mettre le point final à ce travail. Il eut été fort désirable de prendre connaissance, avant de conclure, de l'enseignement de M. le Professeur LÉVY-ULLMANN.

(1) Cette expression, traduite directement de l'anglais (« *interstate conflict of laws* ») est la seule qui convienne pour désigner les conflits prenant naissance entre les Etats de la Fédération américaine. Il est nécessaire de l'utiliser de préférence à l'expression de « *conflits interprovinciaux* », car ce dernier genre de conflits n'est pas d'un type unique. (Cf. en ce sens, NIBOYET, « *Conflit entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine* » (1922) p. 101. Les conflits interprovinciaux comprennent en effet, à côté des « *conflits interétatiques* », d'autres types de conflits, comme notamment, les « *conflits intercantonaux* », qui se présentent en Suisse, du fait de la diversité des législations des différents cantons, (cf. ROGUIN, « *Conflits des lois suisses en matière internationale et intercantonale* », 1891) et les « *conflits interdépartementaux* » qui prennent naissance entre les lois françaises et les lois locales en vigueur dans les trois départements de l'Alsace et de la Lorraine, (cf. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours de doctorat* (1922-1923).

(2) Voy. quant à l'influence de la distinction des conflits internationaux et des conflits interétatiques sur les règles du conflit des lois, ARMAND B. DUBOIS, « *The significance in Conflict of laws of the dis-*

VIII. — Les différences qui séparent le droit américain et le droit anglais, qu'elles soient relatives au caractère de la doctrine ou aux solutions de la jurisprudence, constituent un intéressant sujet d'étude ; elles font en effet ressortir l'influence des conditions démographiques sur les règles du conflit des lois. Bien qu'appartenant au même système juridique, le droit américain et le droit anglais diffèrent considérablement dans leurs principes de droit international privé.

Les différences qui les séparent, résultent de ce que les conflits de lois ne se présentent pas de la même manière de part et d'autre. Elles mettent en lumière l'influence de la distinction des conflits internationaux et des conflits non internationaux sur les règles de droit international privé (1).

Nous nous efforcerons de dégager ces différences dans un livre I, consacré à un exposé des droits américain et anglais, que nous conduirons suivant une méthode d'observation objective, dans les cadres du droit français, afin d'arriver, suivant une expression fort heureuse de M. Niboyet (2), « à transposer les notions juridiques étrangères en pensée et en langue française ».

Mais nous ne saurions en rester là. Après l'exposé des

inction between interstate and international transactions » (1932), 17 *Minn. L. Rev.* 361.

(1) C'est une question très discutée en doctrine, que celle de savoir si les mêmes principes sont applicables à ces deux types de conflits de lois. (Cf. pour un exposé critique des systèmes de la doctrine, ELIESCO, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace, sans conflit de souveraineté*. Thèse, Paris 1925, p. 67 et s.

(2) Cf. la Préface de M. NIBOYET à la thèse de BROCKELBANK, *La formation du mariage aux Etats-Unis* (1935), p. 7-8.

solutions du droit américain et du droit anglais, il nous faudra, dans un livre II, les rapprocher de celles du droit français, en en présentant une comparaison critique. C'est qu'en effet notre étude doit être plus qu'une étude de droit étranger, elle doit constituer une étude du droit comparé. Elle n'a pas simplement pour objectif de nous faire connaître les solutions de deux droits étrangers (ce qui constituerait d'ailleurs en soi un objectif fort utile, notamment pour le praticien, qui par le renvoi, peut avoir besoin de connaître les règles de conflit des lois dans les droits américain et anglais). Elle vise surtout à déterminer quelles sont les différences ou, au contraire, les points de contact entre ces deux droits et le droit français, non pas pour introduire en France des principes étrangers qui constitueraient une rupture avec les solutions françaises et ne pourraient pas s'y développer par suite des cadres différents du droit français, mais en vue de déterminer dans quelle mesure l'unification des règles de conflit de lois serait réalisable.

La comparaison des droits américain et anglais avec le droit français que nous serons ainsi amené à entreprendre, fera ressortir des différences, tant entre le droit américain et le droit français, qu'entre le droit anglais et le droit français.

Les premières, comme celles qui opposent le droit américain au droit anglais, résultent comme nous l'avons dit, de la distinction des conflits interétatiques et des conflits internationaux.

Les secondes s'expliquent par l'influence qu'a exercé en France la doctrine italienne de la personnalité des lois, en éloignant le droit international privé français des princi-

pes de la coutume internationale restés au contraire en vigueur en Angleterre.

Notre étude nous permettra de déterminer l'importance respective de ces deux influences, sur les règles du conflit des lois en matière de contrats et d'apprécier dans quelle mesure, en ce domaine, la jurisprudence peut, au-dessus des divers systèmes, dégager des règles de conflits universelles.

LIVRE I

EXPOSÉ DES DROITS AMÉRICAIN ET ANGLAIS

La matière des contrats donne naissance à trois ordres de conflits de lois : conflits en matière de capacité, conflits relatifs aux règles de formes, enfin conflits sur la détermination des conditions de fonds et des effets du contrat.

Dans ce Livre I, nous examinerons successivement dans trois parties, comment ces trois ordres de conflits de lois sont résolus dans le droit américain (Titre I), et dans le droit anglais (Titre II).

PREMIERE PARTIE

LES RÈGLES DE CAPACITÉ

TITRE PREMIER

LE DROIT AMÉRICAIN

Le problème de la loi applicable à la capacité s'est présenté aux Etats-Unis, presque exclusivement à l'occasion de contrats conclus par des femmes mariées. Tandis qu'en effet en ce qui concerne les autres incapables : mineurs ou aliénés, les différents Etats possèdent en général la même législation, l'étendue de la capacité de la femme mariée n'est au contraire pas partout la même.

Traditionnellement la Common Law considérait la femme mariée comme une incapable, mais cette solution a été graduellement abandonnée par voie de dérogation statutaire et, de nos jours, l'incapacité de la femme mariée ne demeure le principe général que dans un très petit nombre d'Etats (1).

Dans tous les autres Etats, le principe général est devenu celui de la capacité de la femme mariée, et il n'y a de prévues que quelques incapacités spéciales limitativement énumérées. Ces incapacités variant d'ailleurs d'un Etat à l'autre (2).

(1) Ce sont les Etats suivants : Floride, Delaware, Louisiane, Tennessee, Texas et Virginie de l'Ouest.

(2) Sf. WILLISTON, *Treatise on contracts* (1^{re} édit.), § 269, pour une liste complète des lois intervenues dans les différents Etats relativement à la capacité de la femme mariée.

Une pareille diversité de législation quant à l'étendue de la capacité de la femme mariée, devait soulever de multiples conflits de lois entre les différents Etats de la fédération américaine.

Pour les résoudre le droit américain n'applique pas, comme le droit français, la loi personnelle du contractant, mais la loi du contrat, la capacité étant soumise au même régime que les conditions de fond. Mais la jurisprudence américaine a fait subir certaines restrictions au principe. Nos explications seront donc tout naturellement divisées en deux chapitres, dans lesquels nous aurons successivement à étudier : le développement du principe de compétence de la loi du contrat, puis les limites apportées à l'application du principe.

CHAPITRE PREMIER

LE DÉVELOPPEMENT DU PRINCIPE DE COMPÉTENCE DE LA LOI DU CONTRAT

L'idée de soumettre la capacité à la loi du domicile, n'a guère pénétré aux Etats-Unis. Story (1), l'écarte, la considérant comme contraire aux besoins du commerce et susceptible de porter atteinte aux intérêts nationaux, particulièrement dans le cas de l'étranger, frappé d'incapacité par sa loi personnelle et qui vient contracter sur le territoire du *forum*. Il constate que dans ce cas, les auteurs européens sont obligés de prévoir une dérogation à la compétence de la loi personnelle de l'incapable, en faveur de la loi du lieu de conclusion du contrat. Cette exception devient la règle chez Story, qui, en matière de capacité, préconise d'une manière générale, la compétence de la loi du lieu de conclusion du contrat.

La doctrine moderne aux Etats-Unis écarte, elle, tout régime spécial pour la capacité et admet de façon unanime en cette matière la compétence de la loi du contrat (2), assimilant ainsi la capacité aux conditions de fond.

(1) Cf. STORY, *Commentaries on the conflicts of law*, 5^e éd., § 50 et s.

(2) Cette solution est notamment consacrée par M. BEALE (cf. BEALE,

Cette solution s'est profondément enracinée dans la Jurisprudence américaine, qui n'a jamais songé sérieusement à appliquer la loi du domicile en matière de capacité.

L'application de cette loi n'a été suggérée que dans quelques arrêts anciens, par voie de *dicta* entièrement *obiter causa*, puisqu'il s'agissait de cas où il y avait coïncidence entre la loi du domicile et la loi du contrat (1). Seul l'Etat de la Louisiane, dont les solutions ont été inspirées par celles de l'ancien droit français, soumet la capacité à la loi du domicile (2). Dans tous les autres États américains,

Treatise, p. 1176), par le *restatement* de droit international privé (cf. *Restatement*, § 332 a) et enfin par M. LORENZEN (cf. LORENZEN, « *Validity and effects of contracts in the conflict of laws* » (1921) 30 *Yale L. J.* 665 et s. ; 31 *Yale L. J.* 53 et s. C'est ainsi que cet auteur écrit : « Depuis les statutistes les règles de capacité et de forme sont séparées en Europe des autres conditions de validité du contrat... Dans ce pays, ces questions n'ont pas été nettement distinguées des autres conditions de validité du contrat ». Voy. aussi sur ce point notre étude intitulée : « *De l'adoption d'une loi unique pour résoudre les conflits de lois relatifs à la détermination des conditions de validité des contrats* ». *Clunet* 1936, 803 (à p. 809). Il n'y a de divergences entre les auteurs, que lorsqu'il s'agit de déterminer la loi du contrat. (Cf. sur ce point notre troisième partie, *infra* pp. 114 et s.).

(1) Cf. par exemple *Matthews c. Murchison* 17 Fed. 760 (1883). *Ritch c. Hyatt* 3 Mc. Arthur 536 (D. C. 1879).

(2) *Freret c. Taylor* 119 La. 307 (1907); *Marks c. Germania Savings Bank*. 113 La. 659 (1903); cf. également notre bulletin de jurisprudence au *Clunet* 1935 p. 1007 et s. Il est intéressant de signaler que la jurisprudence de l'Etat de la Louisiane est si fortement attachée au principe de compétence de la loi du domicile en matière de capacité, qu'elle n'admet pas la jurisprudence française de l'intérêt national. (Cf. notamment l'arrêt *Kelly c. Davis* 28 La. Ann. 773 (1876).

cette loi est écartée en faveur de la loi du contrat, cette solution étant justifiée par des considérations pratiques et notamment par les difficultés qu'entraîneraient l'application de la loi du domicile, étant donné les conditions particulières de la fédération américaine.

Ces difficultés sont fort bien exposées dans un arrêt *Milliken v. Pratt* (3), qui constitue le *leading case* en matière de capacité. Une femme mariée, domiciliée dans l'Etat de Massachusetts, avait contracté un engagement dans l'Etat du Maine, alors qu'elle était frappée d'incapacité d'après la législation de Massachusetts et qu'elle était au contraire pleinement capable d'après celle du Maine. Assignée devant les Tribunaux de son domicile, en exécution de son contrat, elle fut considérée comme valablement engagée, en vertu du principe général de compétence en matière de capacité c'est-à-dire de la loi du contrat. L'arrêt après avoir rappelé ce principe, justifie l'élimination de la loi du domicile dans les termes suivants :

« Dans la très grande majorité des cas, en particulier dans ce pays où il est si courant de voyager, de traiter les affaires par mandataire, et de correspondre par lettre d'un Etat à l'autre, il est à la fois plus juste et plus commode, de considérer la loi du lieu où le contrat a été conclu, comme un principe uniforme qui régit tous les contrats du même genre, et qui est présumé avoir guidé la volonté des parties contractantes, que d'obliger celles-ci à rechercher à leurs risques et périls, le domicile des étrangers avec lesquels elles contractent. Ce domicile peut être souvent dans

(1) 125 Mass. 374 (1878).

un pays fort éloigné, et sa détermination est susceptible d'entraîner des délais tels, que la conclusion de contrats dans des conditions normales, ne serait plus possible ».

Cette même idée se retrouve dans un arrêt *Nichols and Shepard C° c. Marshall* (1) dans lequel, parlant du principe de compétence de la loi du domicile en matière de capacité, le juge Deemer déclara :

« Nous ne pensons pas que cette règle des droits européens soit applicable à notre situation. »

Ainsi cette élimination complète de la loi du domicile, comme principe de compétence en matière de capacité, est due pour une large part aux conditions géographiques et démographiques propres aux Etats-Unis : dispersion et éloignement des centres d'activité, brassage continu de la population. Dans ces conditions, le domicile ne saurait constituer un élément suffisamment stable. Il est sujet à des modifications constantes, sans que l'on puisse, par ailleurs, invoquer, comme en Angleterre, un domicile d'origine, qui ne se perd jamais.

(1) 108 I a. 518 (1899). Voy. aussi : « Les raisons de l'adoption aux Etats-Unis de la règle américaine sont claires et décisives. Avec la diversité des lois relatives à la capacité en vigueur dans des Etats, en rapports commerciaux de plus en plus fréquents, en l'absence de tout indice, tel que l'habillement ou la langue, qui mette en évidence dans quel Etat un individu est domicilié, et étant donné l'impossibilité d'avoir rapidement des renseignements exacts sur le droit d'un Etat étranger, il ne fait aucun doute que la commodité des transactions commerciales rend nécessaire l'application de la loi du contrat ». (COMMENT, « *The relation of the law of the domicile to the capacity of a married woman to make a personal contract* » 27 *Yale L. J.* 1816, 817 (1918), cité par CHEATHAM, DOWLING and GOODRICH : « *Cases on the Conflict of laws* » (1936), p. 471).

Mais si la jurisprudence est unanime à appliquer en matière de capacité la loi du contrat, cette loi n'est pas nécessairement la *lex loci contractus*, comme le voudrait M. Beale (1). Les arrêts appliquent tour à tour la *lex loci contractus* et la *lex loci solutionis*, comme règle générale et exclusive, sans se préoccuper de justifier leur choix par une argumentation spéciale (2).

Dans les arrêts précédemment rencontrés, *Milliken c. Pratt* et *Nichols and Shepard C° c. Marshall*, c'est la *lex loci contractus* qui a été appliquée. On peut indiquer comme ayant déclaré applicable la *lex loci solutionis*, parmi bien d'autres, les arrêts *International Text Book C° c. Connelly* (3) et *Hammerstein c. Sylva* (4).

Dans le premier de ces deux arrêts, il s'agissait de la validité d'un contrat, qu'un mineur domicilié dans l'Etat de New-York avait conclu avec une Ecole par correspondance. Poursuivi devant les Tribunaux New-Yorkais pour certains droits d'inscription, restés impayés, le mineur opposa son incapacité d'après le droit de New-York.

Le contrat fut jugé nul et l'Ecole déboutée. L'arrêt se

(1) Cf. BEALE, *Treatise*, p. 1177, où cet auteur déclare: « La loi du lieu de conclusion du contrat, devrait régir dans tous les cas la capacité ».

(2) Cf. l'arrêt *Palmer National Bank c. Van Doren* (1932) 260 Mich. 310, où l'on trouve affirmé: « La loi du lieu de conclusion, ou celle du lieu d'exécution est applicable à la capacité de la femme mariée, de préférence à la loi de son domicile ».

Nous verrons ci-dessous (cf. *infra* pp. 130 et s.), à propos de la détermination de la loi du contrat, comment s'explique cette jurisprudence en apparence contradictoire.

(3) 206. N. Y. 188 (1912).

(4) 66 Misc. 550 (1910).

fonde sur cet argument que « quelqu'ait été le lieu de conclusion du contrat, il devait être exécuté dans l'Etat de New-York et dès lors être régi par la loi de cet Etat ». C'est donc comme loi du contrat que le droit de New-York est appliqué à la détermination de la capacité du contractant.

Dans l'arrêt *Hammerstein c. Sylva* la même solution est suivie dans un cas où le conflit des lois n'était plus un conflit entre les lois de deux Etats américains, mais un véritable conflit international, qui opposait le droit français au droit de New-York. Il s'agissait de la validité d'un engagement signé en France par une cantatrice domiciliée dans l'Etat de New-York, pour une tournée qu'elle devait effectuer aux Etat-Unis, et notamment dans l'Etat de son domicile. Le conflit des lois se présentait de la manière suivante : la signataire de l'engagement incapable d'après le droit français, jouissait au contraire de sa pleine capacité d'après la législation New-Yorkaise. Son engagement fut tenu pour valable, le droit de New-York ayant été déclaré applicable à la détermination de sa capacité contractuelle.

On trouve affirmé dans l'arrêt : « que la jurisprudence de la Cour Suprême de cet Etat a décidé que la question de la capacité de contracter est comprise dans le problème général de la détermination de la validité du contrat, problème qu'elle soumet à la loi du lieu d'exécution. »

L'arrêt soumet donc la capacité à la loi du contrat, et il applique comme loi du contrat la *lex loci solutionis*. Bien que cette dernière solution soit présentée comme l'application d'un principe général, elle s'explique par les circonstances particulières de l'affaire. Il convient en effet de remarquer que le droit de New-York reconnaissait une

pleine capacité juridique à la contractante, à la différence du droit français, *lex loci contractus*, qui la frappait d'incapacité. C'était là une première circonstance favorable à l'application de ce droit (1). En voici une seconde, la contractante se trouvait domiciliée dans l'Etat de New-York. Cette circonstance est soulignée par la Cour dans les termes suivants :

« Comme la défenderesse avait son domicile dans l'Etat de New-York, et que c'est là aussi que son contrat devait être exécuté, sa capacité civile ne saurait être déterminée par le droit français ; puisqu'elle peut s'obliger valablement sans autorisation maritale, aussi bien d'après la législation de son domicile, que d'après celle du lieu d'exécution du contrat, elle doit être tenue en vertu de son engagement ».

Cet attendu met bien en relief l'influence qu'exerce le domicile dans le choix de la loi applicable. Ici il a déterminé l'adoption de la *lex loci solutionis*, mais parfois cette influence de la loi du domicile, joue en faveur de la loi du lieu de conclusion. Il en est ainsi notamment dans un arrêt *Huey's Appeal* (2), où le juge après avoir posé le principe général de compétence de la *lex loci contractus* en matière de capacité, ajoute : « que ce principe est particulièrement approprié, lorsque le lieu de conclusion du contrat est en même temps celui du domicile du contractant ».

(1) Nous verrons dans la troisième partie de ce Livre I, en étudiant la détermination de la loi du contrat, que la considération de la loi qui valide entre pour une bonne part dans le choix de la loi applicable. Cf. *infra* pp. 152 et s.

(2) *Grant's Pa. Case* 51 (1854).

Le choix entre la *lex loci contractus* et la *lex loci solutionis* n'est donc par arbitraire. Bien que chacune de ces deux lois soit déclarée tour à tour applicable en vertu d'une règle générale et absolue, les arrêts se laissent guider en réalité par les circonstances particulières de chaque cas. La loi du contrat est déterminée par une casuistique expérimentale, influencée par des considérations d'utilité pratique (1).

Mais, comme nous l'avons laissé entrevoir, si la capacité est soumise en principe à la loi du contrat, il y a certaines limites à l'application de ce principe, dont il nous faut maintenant parler.

(1) Cf. sur ce point notre troisième partie, *infra* pp. 145 et s.

CHAPITRE II

LES LIMITES AU PRINCIPE DE COMPÉTENCE DE LA LOI DU CONTRAT : L'ÉLIMINATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE EN VERTU DE L'ORDRE PUBLIC

La loi du contrat, bien que normalement compétente en matière de capacité, n'est pas toujours appliquée. Le désir d'assurer un minimum de protection aux contractants domiciliés sur le territoire du *forum*, peut amener les Tribunaux du domicile à invoquer le principe de l'ordre public, pour éliminer la loi étrangère normalement applicable comme loi du contrat.

Pour que l'exception d'ordre public soit ainsi opposée, il importe que deux conditions se trouvent réalisées au moment de l'ouverture de l'action, l'une relative au domicile du contractant ; il faut que le contractant soit domicilié sur le territoire du *forum*, l'autre à l'incapacité dont il est frappé : il est nécessaire que ce soit une incapacité générale.

SECTION I

CONDITION RELATIVE AU DOMICILE DU CONTRACTANT

Le principe de l'ordre public n'est généralement invoqué, pour mettre en échec la loi du contrat normalement applicable en matière de capacité, que si le contractant est domicilié sur le territoire du *forum*. Cette condition se comprend, car l'ordre public du Tribunal saisi n'est pas directement intéressé lorsqu'il s'agit de protéger un étranger. Dans cette hypothèse le contrat valablement conclu et exécuté en dehors du territoire du *forum*, sera toujours tenu pour valable et sanctionné, quelque soit le caractère de l'incapacité qui frappe le contractant étranger d'après la *lex fori*.

Cette solution est consacrée par une jurisprudence abondante. On peut indiquer, parmi bien d'autres décisions, l'arrêt *Robinson c. Queen* (1) dans lequel il fut jugé que la validité d'un contrat régulièrement passé dans le Kentucky, par une femme mariée domiciliée dans cet Etat, devait être reconnu par les Tribunaux du Tennessee quand bien même, dit l'arrêt, la dite femme serait frappée d'une incapacité générale de contracter au regard de la législation de ce dernier Etat. L'arrêt souligne le fait que la contractante n'avait pas son domicile dans l'Etat de Tennessee et ajoute, que « s'il s'agissait d'une action intentée par une femme mariée, domiciliée dans l'Etat de Tennessee, relativement à un contrat passé ailleurs, il y aurait des argu-

(1) 87 Tenn. 445 (1889) et cf. les arrêts cités par nous dans notre bulletin de jurisprudence au *Clunet* 1935.1007 (à la p. 1022).

ments sérieux en faveur de la défenderesse et de son exception d'incapacité ».

Il convient même de préciser que pour pouvoir invoquer l'ordre public, il ne suffit pas que le contractant soit domicilié sur le territoire du *forum* au moment de la conclusion du contrat, il faut encore qu'il ait conservé ce domicile jusqu'à l'ouverture de l'action. Inversement, l'ordre public peut être invoqué, alors même que le contractant est domicilié à l'étranger au moment de la conclusion du contrat, si avant le début de l'action il a acquis un domicile sur le territoire du *forum*. Une illustration de cette dernière hypothèse nous est fournie par l'arrêt *International Harvester Co. c. Mc Adams* (1). Une femme mariée avait contracté valablement un engagement dans l'Etat de South Dakota, à une époque où elle y était domiciliée. Postérieurement le ménage s'installe dans l'Etat de Wisconsin, et, c'est devant un Tribunal de cet Etat, que la contractante est poursuivie au sujet de l'engagement conclu dans le South Dakota. La contractante opposa son incapacité en vertu de la législation du Wisconsin. Le Tribunal de Première Instance admit le bien fondé de cette exception, motif pris de ce que la défenderesse était frappée dans le Wisconsin d'une incapacité générale, sans tenir compte du fait que la contractante était domiciliée, au moment de la conclusion du contrat, dans un Etat dont la législation lui reconnaissait pleine capacité.

Par conséquent, seul le domicile du contractant au moment de l'ouverture de l'action, est pris en considération.

(1) 142 Wisc. 114 (1910).

Cette règle se comprend fort bien puisque l'ordre public ne s'apprécie qu'à l'époque où l'affaire vient à être jugée. Aussi est-ce également à ce moment qu'il faut se placer pour déterminer si la femme mariée est ou non frappée d'une incapacité générale d'après la législation de son domicile, lorsque celle-ci a subi des changements.

SECTION II

CONDITIONS RELATIVES A LA NATURE DE L'INCAPACITÉ DONT EST FRAPPÉ LE CONTRACTANT

Le problème de la loi compétente en matière de capacité se présente aux Etats Unis, nous l'avons dit, essentiellement à l'occasion de contrats conclus par des femmes mariées. Le principe traditionnel hérité de la Common Law, c'est l'incapacité de la femme mariée, mais de nombreux Etats lui ont accordé par voie de dispositions statutaires, une pleine et entière capacité.

Dans les Etats où l'incapacité est restée la règle, celle-ci peut revêtir deux formes très différentes : tantôt elle a le caractère d'une incapacité générale de disposer, tantôt simplement celui d'une incapacité spéciale, limitée à certains actes nettement déterminés. Dans le premier cas, l'incapacité constitue le plus souvent une disposition rigoureusement impérative. Elle pourra amener les Tribunaux du domicile de la femme mariée, à invoquer l'exception d'ordre public, pour refuser de sanctionner tout contrat, conclu et exécuté valablement à l'étranger. Au contraire, lorsqu'il s'agit de l'incapacité spéciale, l'exception d'ordre public ne

pourra pas être opposée et le contrat valablement conclu ou exécuté à l'étranger, produira tous ses effets.

La législation des différents Etats évoluant dans le sens de l'abandon du principe de l'incapacité de la femme mariée, les Etats où celle-ci reste frappée d'une incapacité générale, deviennent de plus en plus rares. Il en résulte que l'exception d'ordre public tend à être moins fréquemment invoquée que par le passé.

Les arrêts ont tendance à souligner la distinction entre une disposition d'ordre privé et une disposition d'ordre public, en classant dans la première catégorie l'incapacité de la femme mariée, lorsque celle-ci est atteinte d'une simple incapacité spéciale. Ceci est mis en lumière par la Cour de New-Jersey (1), dans les termes suivants : « La distinction entre une simple disposition d'ordre privé (*regulative legislation*) et un principe d'ordre public est trop importante pour être perdue de vue. Déclarer comme le faisait la *Common Law* traditionnelle, que le bien-être de la société exige que les femmes mariées soient juridiquement frappées d'une incapacité générale, c'était consacrer un principe qui, aussi longtemps qu'il fut appliqué avec une entière rigueur, constituait une règle strictement impérative. Lorsque l'opinion publique des différents pays comprit que le bien-être de la société n'était pas mieux servi par le maintien de ce principe que par sa suppression, il fut abandonné en faveur de la reconnaissance du principe opposé : « celui de la capacité juridique de la femme mariée... Avec la disparition du principe de l'incapacité de la femme

(1) *Thompson c. Taylor* 66 N. J. 253 (1901).

mariée, comme principe d'ordre public, cette question entra dans le domaine de la discrétion législative ».

En fait, aujourd'hui, dans la majorité des Etats, l'incapacité de la femme mariée n'est plus qu'une incapacité spéciale, pour laquelle l'exception d'ordre public n'est pas mise en jeu. Il en est ainsi, par exemple, dans les Etats d'Indiana (1), de New-Jersey (2) et de Kentucky (3). Parmi les nombreuses décisions qui rejettent l'exception d'ordre public, on peut indiquer l'arrêt *Barbee R. S. and Co c. Bewins* (4), dans lequel il fut jugé que l'incapacité pour une femme mariée de se porter caution, édictée par la législation du Kentucky, où la contractante était domiciliée, ne suffisait pas à invalider un contrat conclu valablement à l'étranger. Le problème à résoudre, d'après l'arrêt, est de déterminer « si la politique législative d'un Etat qui rend nul un contrat conclu et devant être exécuté sur son territoire, s'oppose ou non à ce que soit sanctionné dans cet Etat, un contrat valablement conclu à l'étranger ».

Cependant il reste encore un nombre assez considérable d'Etats, socialement moins avancés, où pèse encore sur la femme une incapacité générale. Dans ces Etats, les Tribunaux lorsqu'ils seront en présence de contrats conclus à l'étranger par des femmes mariées, domiciliées sur leur ter-

(1) *Bowles c. Fiels* 78 Fed. 742 (1898).

(2) *Law c. Smith* 68 N. J. Eq. 81 (1904).

(3) *Twentieth Street Bank c. Diehl* 85 S. W. (2 d.) 865. (Kentucky 1935). Cf. également le récent arrêt *Dein's Adm' r. c. Gibbs*. 257 Ky. 469 (1935), analysé par nous au *Clunet* 1935.1007.

(4) 176. Ky. 113 (1912).

ritoire, opposeront l'exception tirée de l'ordre public et refuseront de sanctionner ces contrats (1).

La jurisprudence américaine paraît donc avoir consacré une distinction entre les incapacités spéciales et les incapacités générales, du point de vue de la mise en jeu de l'exception d'ordre public. Nous retrouverons en étudiant le droit français, cette même distinction du point de vue de la détermination de la loi applicable à la capacité civile des étrangers en France (2). C'est là une preuve de son caractère universel.

Il se peut que la politique législative de l'Etat du domicile, quant à la capacité des femmes mariées, se modifie entre le jour de la conclusion du contrat et le jour de l'ouverture de l'action. Il se peut, par exemple, qu'une femme mariée passe un contrat à une époque où la loi de son domicile la déclare incapable, et qu'ensuite, avant qu'une action ait été intentée, cette loi soit modifiée et que la femme recouvre sa capacité. En pareil cas, l'incapacité qui pesait sur la contractante lors de la conclusion du contrat, disparaît et

(1) Il en est ainsi notamment dans l'Etat du Texas: *Union Trust Co. c. Grossman*. 245 U. S. 412 (Federal Court of the district of Texas 1918); *Taylor c. Léonard* 275 S. W. 134 (Texas Civ. App. 1925); *Bramwell c. Conquest* 2. S. W. (2 d.) 995. (Texas Civ. App. 1922), également dans l'Etat des Carolines du Nord: *Armstrong c. Best* 112 N. C. 59 (1893).

(2) Cf. *infra* p. 267. La loi nationale de l'étranger qui contracte en France, est maintenue lorsqu'elle établit à son encontre une incapacité générale, elle est au contraire éliminée lorsqu'elle le frappe seulement d'une incapacité spéciale, par le jeu de qualification « disposition de forme », ou « disposition de fond », conduisant à l'application du droit français comme loi du contrat, ou loi applicable aux conditions de fond.

le contrat reprend sa pleine validité. L'arrêt *Case c. Dodge* (1) établit nettement cette solution.

Une femme mariée domiciliée dans le Rhode Island, avait acheté dans le Massachusetts certaines marchandises, qui devaient lui être livrées dans ce dernier Etat. La législation de Rhode Island lui déniait la capacité contractuelle, celle du Massachusetts, au contraire, autorisait la transaction. Les marchandises avaient été vendues et livrées à la défenderesse entre le 30 mai 1886 et le 10 octobre 1893. Par une loi du 1^{er} juillet 1893, l'incapacité de la femme mariée fut abrogée en Rhode Island. Poursuivie par la compagnie devant les Tribunaux de cet Etat, en paiement du montant du prix des marchandises vendues et livrées, la contractante opposa son incapacité, d'après la législation de son domicile, antérieure à la loi du 1^{er} juillet 1893. Cette défense fut repoussée et la Compagnie obtint un jugement condamnant la défenderesse au paiement du prix total des marchandises.

L'arrêt indique nettement qu'il faut se placer au jour du procès pour apprécier la capacité de la femme mariée. Voici comment il s'exprime : « La raison pour laquelle nos citoyens ne pouvaient antérieurement au 1^{er} juillet 1893, maintenir une action en pareil cas, provenait du fait que les femmes mariées étaient incapables de conclure un contrat de ce genre d'après la législation de notre Etat. A cette date, notre législation relative à la capacité de la femme mariée a été modifiée et dès lors un pareil contrat, conclu à l'étranger, même antérieurement à la loi du 1^{er} juillet

(1) 18 R. I. 661 (1894).

1893, n'est plus en conflit avec notre ordre public, et par suite, il n'y a plus de raison de refuser d'admettre une action relative à ce contrat ».

Il est intéressant de noter que la situation inverse existe en Louisiane. Dans cet Etat, en effet, c'est la loi du domicile (et non la loi du contrat), qui est normalement compétente en matière de capacité. L'observation de cette loi est donc ici une condition nécessaire à la validité du contrat, à l'encontre de ce qui se passe dans les autres Etats, où elle n'est invoquée que par la mise en jeu de l'exception d'ordre public. Il s'en suit, qu'en cas de changement, soit du domicile, soit de la législation du domicile, il faut se placer au jour de la conclusion du contrat (et non pas au jour de l'ouverture du procès), pour apprécier la capacité de la femme mariée. Cette solution est consacrée dans les deux arrêts *Baer c. Terry* (1) et *National City Bank c. Barringer* (2).

Dans le premier arrêt, la contractante avait changé de domicile entre l'époque de la conclusion et celle de l'exécution du contrat. La situation était comparable en tous points à celle de l'arrêt *International Harvester Co c. Mc. Adams* (3) et pourtant la solution inverse prévalut.

Une femme mariée, domiciliée à l'époque dans le Missouri et pleinement capable d'après la législation de cet Etat, y avait contracté un engagement. S'étant ultérieurement établie en Louisiane, elle y fut poursuivie en exécution de son engagement, et opposa l'incapacité légale dont elle était frappée d'après la loi de la Louisiane. Son engagement fut

(1) 105 La. 479 (1901).

(2) 143 La. 14 (1918).

(3) Cf. *supra* p. 47.

néanmoins considéré comme valable. L'arrêt rappela le principe de la compétence de la loi du domicile en matière de capacité et précisa qu'un changement ultérieur de domicile ne pouvait affecter la validité de son engagement. Ce n'est donc que le domicile existant à l'époque de la conclusion du contrat, qui fut pris en considération.

Dans la seconde affaire une modification législative affectant la loi du domicile était intervenue entre l'époque de la conclusion du contrat et le moment de l'ouverture de l'action. Bien que les faits fussent identiques à ceux de l'arrêt *Case c. Dodge* (1), la validité du contrat ne fut cependant pas admise.

Un contrat passé dans l'Etat du Mississippi, par une femme mariée domiciliée en Louisiane, devait s'exécuter dans ce même Etat. La femme incapable d'après la législation de son domicile à l'époque de la conclusion du contrat, avait recouvré postérieurement sa pleine capacité, par suite d'une modification législative survenue en 1916 dans l'Etat de Louisiane. Il fut jugé que la loi de 1916 « était sans effet dans cette affaire qui prit naissance antérieurement à sa promulgation » et que, par conséquent, l'engagement contracté par la défenderesse était sans valeur.

Ce système, adopté par la législation de la Louisiane, est celui qui prévaut en Angleterre, car là aussi, la loi compétente en matière de capacité est celle du domicile, bien que de graves dérogations soient apportées à l'application de cette loi.

(1) Cf. *supra* p. 52.

TITRE II

LE DROIT ANGLAIS

Etant donné le faible volume de la jurisprudence anglaise, en matière de droit international privé, il n'est pas surprenant de voir que le problème de la loi applicable à la capacité se soit présenté beaucoup moins fréquemment en Angleterre qu'aux Etats-Unis. Les rares arrêts rendus en cette matière sont relatifs à des contrats passés par des mineurs ou par des femmes mariées.

Contrairement à ce qui se passe aux Etats-Unis, la capacité n'est pas soumise en Angleterre, au même régime que les conditions de fond et les effets du contrat, mais à un régime spécial. Comme chez nous, la capacité civile du contractant est en principe déterminée par la loi de son statut personnel, qui est, en Angleterre, la loi du domicile. Mais de même que la jurisprudence française tend bien souvent à limiter l'application de la loi nationale du contractant étranger, de même en Angleterre, on rencontre d'importantes dérogations à l'application de la loi du domicile. Bien que ces dérogations, aient pratiquement un champ d'ap-

plication plus étendu que la règle elle-même, celle-ci continue cependant à être considérée comme le principe général (1).

Les deux chapitres qui vont suivre seront donc respectivement consacrés à l'examen du développement du principe de compétence de la loi du domicile, et à celui des limites apportées à l'application de ce principe.

(1) Nous avons là une illustration d'une tendance tout à fait générale du droit anglais, à conserver certaines règles, comme des principes généraux, alors même que leur domaine d'application pratique se trouve considérablement réduit par de multiples exceptions.

CHAPITRE PREMIER

LE DÉVELOPPEMENT DU PRINCIPE DE COMPETENCE DE LA LOI DU DOMICILE

La loi du domicile est de nos jours, la loi compétente en principe, en Angleterre, en matière de capacité. Ce principe n'a cependant pas toujours été reconnu. Antérieurement à 1860, la capacité était soumise à la *lex loci contractus* (ou *lex loci celebrationis* dans le cas du mariage), et ce n'est que postérieurement à cette date que le principe de compétence de la loi du domicile a été consacré. Mais ce principe lui-même, n'a pas été sans subir par la suite certaines limitations, qui se sont développées à partir de 1908.

Ainsi donc, le développement du droit anglais en cette matière, semble s'être réalisé en trois étapes : dans une première période antérieure à 1860, c'est la *lex loci contractus* qui est appliquée : au cours d'une deuxième période qui s'étend de 1860 à 1908, la loi du domicile vient à être consacrée comme un principe général et absolu. Enfin postérieurement à cette date, on assiste à une certaine régression de la loi du domicile, conservée comme principe général de compétence en matière de capacité, mais limitée dans ses applications.

Nous allons considérer successivement chacune de ces trois périodes.

SECTION I

LA PÉRIODE ANTÉRIEURE A 1860 :

L'APPLICATION DE LA « LEX LOCI CONTRACTUS »

Antérieurement à 1860, on ne rencontre dans la jurisprudence aucun arrêt soumettant la capacité à une loi différente de celle qui est appliquée aux autres conditions de validité du contrat. La capacité, considérée exclusivement du point de vue du contrat, et nullement du point de vue de l'incapable, est régie par la *lex loci contractus*.

Cette solution est une conséquence directe du territorialisme très développé du droit anglais à cette époque. Elle a été adoptée d'une manière tout à fait générale, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant la nature du contrat.

Le *leading Case* pour l'application de la *lex loci contractus* dans les contrats d'affaires, est l'arrêt *Male c. Roberts* (1). Un mineur domicilié en Angleterre est poursuivi devant les Tribunaux de son domicile pour des dettes

(1) (1799) 3 Esp. 163. Il convient cependant de remarquer que l'autorité de la décision se trouve quelque peu amoindrie, par le fait que la preuve de la loi écossaise n'ayant pas été faite devant la Cour, le droit écossais fut présumé identique au droit anglais. C'est là un exemple d'application du principe que le droit écossais doit être prouvé devant les tribunaux anglais, au même titre que le droit d'un pays étranger, (cf. en ce sens, CHESHIRE, *op. cité*, p. 69). Par exception, la Chambre des Lords, constituant une juridiction commune à l'Angleterre et à l'Ecosse (« *commune forum* »), examine le droit écossais, en tant que question de droit. Cf. Lord MacMillan dans *Elliot c. Joyce* (1935), A. C. 209 et voy. sur ce point LÉVY-ULLMANN, *Cours de droit international privé*, 1937-1938 (doctorat), pp. 133-134, note 1.

contractées en Ecosse. Il invoque son incapacité d'après la loi écossaise, il est admis à se prévaloir de cette exception, la Cour déclarant applicable le droit écossais, comme *lex loci contractus*.

Dans cette première période, le mariage étant considéré exclusivement comme un contrat (1), le principe de compétence de la *lex loci* en matière de capacité, lui est applicable. La capacité, de même que les autres conditions de validité du mariage est soumise à la *lex loci celebrationis*.

Cette solution a été consacrée par la jurisprudence, notamment à l'occasion de l'application du *Lord Harwicke's Marriage Act* (2), qui requiert le consentement des parents au mariage de leurs enfants mineurs. Des mariages célébrés à l'étranger, sans que le consentement des parents ait été obtenu, ont été tenu pour valables, alors même que les deux conjoints étaient domiciliés en Angleterre et que la célébration à l'étranger avait eu uniquement pour objet de frauder la loi anglaise (3).

(1) Le principe que le mariage est un contrat est constamment mis en avant dans les arrêts. Cf. notamment l'arrêt *Steele c. Braddell* (1838). Milw. Eccl. Rép. p. 1 où l'on trouve affirmé que « le mariage est un contrat « *juris gentium* » et l'arrêt *Dalrymple c. Dalrymple* (1811) 2 Hagg. Con. 54 à p. 62, où le juge Stowell déclara : « le mariage étant un contrat, est naturellement consensuel ». Voyez aussi : KERR'S BLACKSTONE, *Commentaries*, 4^e éd. : « Notre droit ne considère pas que le mariage soit autre chose qu'un contrat civil ».

(2) Cf. en ce sens, CHESHIRE, *Private International Law* (1935), p. 163.

(3) Il en est ainsi dans ce qu'on a qualifié les « *Gretna Green marriages* », (du nom du petit village écossais de « *Gretna Green* », où ce genre de mariage était fréquent), mariages célébrés en Ecosse entre conjoints anglais, pour échapper au *Lord Harwicke's Marriage Act*. Cf. notamment l'arrêt *Compton c. Bearcroft* (1759). 2 Hagg. Con. 444. Cf. aussi

Si au contraire le mariage est nul d'après la loi du lieu de célébration, il est également nul en Angleterre. Cette solution ressort de l'arrêt *Middleton c. Jarvis* (1), où un mariage célébré en Hollande entre conjoints domiciliés en Angleterre, fut tenu pour nul par application du droit hollandais, *lex loci celebrationis*.

La justification de cette application si large de la *lex loci contractus* (*lex loci celebrationis* dans le cas du mariage), sans distinction suivant qu'il s'agit d'une question de capacité ou de forme, nous est donnée par le Juge Keating, dans l'arrêt *Simonin c. Malace* (2) où nous trouvons affirmé « qu'il est d'une grande importance d'avoir une règle susceptible de s'appliquer dans tous les cas, et qu'il n'en existe pas, réalisant cette condition, en dehors de celle consistant à appliquer la *lex loci celebrationis*, pour déterminer la validité du mariage ». Le principe de compétence de la *lex loci contractus*, conduisit en l'espèce à tenir pour valable le mariage célébré en Angleterre par deux français mineurs, qui n'avaient pas obtenu le consentement des parents prescrit par le droit français.

Dans cette période antérieure à 1860, la *lex loci*, que ce soit *contractus* dans le cas des contrats autres que le mariage, ou *celebrationis* dans l'hypothèse du mariage, est donc appliquée d'une manière constante.

sur ce point, R. H. GRAVESON, *The doctrine of evasion of the law in England and America* (1937), *Journal of Comparative legislation and international law*, vol. 19 (3^e série), pp. 21 et s. (à p. 27). Pour la comparaison avec le droit français, voir *infra* pp. 258 et s.

(1) (1802) 2 Hagg. Con. 437.

(2) (1860) 2 Sw. and Tr. 67.

On ne rencontre qu'un seul arrêt y dérogeant, mais c'est par application d'un texte écrit le « *Royal Marriage Act* » (1), qui prohibe le mariage d'un descendant direct du Roi, sans l'obtention du consentement du souverain régnant, à peine de nullité du mariage, en quelque endroit qu'il ait été célébré. Cette disposition a été appliquée dans l'arrêt *The Sussex Peerage* (2) et conduisit à déclarer nul le mariage du 6^e fils du Roi Georges III, célébré à Rome.

Ce cas tout à fait spécial, étant mis de côté, la *lex loci contractus* est appliquée sans aucune restriction au cours de cette période antérieure à 1860 et cela en vertu du principe que « le souverain territorial régit tous les actes accomplis à l'intérieur de ses frontières » (3). Ce principe qui est celui du territorialisme conduit en notre matière à des solutions qui sont simples et qui peuvent s'appuyer sur cet argument d'ordre pratique que « les parties qui contractent dans un pays déterminé, sont censées connaître, ou tout au moins, prendre la responsabilité de connaître la loi de ce pays » (4).

Malgré les arguments qui la justifiaient, l'application de la *lex loci contractus*, fut peu à peu abandonnée à partir de 1860 et c'est la loi du domicile qui devint la loi applicable en matière de capacité.

(1) 12 Geo. III. C. II.

(2) (1844). II Cl. and F. 85.

(3) WIGNY, *Essai sur le droit international privé américain*, Paris, 1932, p. 63.

(4) Cf. *Simonin c. Mallac* (1860) 2 Sw. and Tr. 67, l'opinion du juge Keating.

SECTION II

LA PÉRIODE COMPRISE ENTRE 1860 ET 1908 :
CONSECRATION DE LA LOI DU DOMICILE

L'application de la loi du domicile à la capacité, résulte de la distinction établie par la jurisprudence anglaise aux environs de 1860 entre les conditions de fond et les conditions de forme du mariage. Tandis qu'antérieurement à cette date la seule loi compétente pour déterminer la validité du mariage était la *lex loci celebrationis*, dans la période postérieure, se développe l'idée que ce n'est que lorsqu'il s'agit des conditions de forme que la *lex loci celebrationis* est applicable, la loi du domicile devant être suivie pour les conditions de fond.

Mais comme il arrive fréquemment en droit anglais, par voie de *dicta obiter causa*, les juges débordent le problème particulier qu'ils ont à résoudre et posent des principes nouveaux (1). C'est ainsi que l'ont vu se dégager parallèlement au principe d'application de la loi du domicile pour déterminer les conditions de fond du mariage, le principe que la loi du domicile est la loi applicable en matière de capacité. Ce qu'il y a de remarquable, c'est que cette juris-

(1) C'est qu'en effet les juges dont la valeur professionnelle est grande en Angleterre, jouent dans l'élaboration du droit un peu le même rôle que la doctrine en France. Certains de leurs arrêts ont autant d'importance que de véritables Cours de droit. (Voir notamment l'arrêt *The Queen c. Millis* 10 Cl. and F. 534 (1844), rendu à propos du conflit des lois en matière de mariage et qui s'étend sur plus de 400 p.). Il ne faut pas perdre de vue que jusqu'en 1858, le droit était presque exclusivement enseigné par des praticiens, au Palais (cf. sur ce point, DICEY, *Private International Law* 28 *Law. Quat. Rev.* 341 (1912).

prudence, bien que rendue à l'occasion du mariage, pose parfois des principes tout à fait généraux. C'est ainsi que le principe de compétence de la loi du domicile en matière de capacité, a été déclaré applicable à tous les contrats, par voie d'un *dictum obiter causa* (1).

L'application de la loi du domicile en matière de capacité est une conséquence de la distinction établie peu à peu par la jurisprudence entre les conditions de fond et les conditions de forme du mariage. Aussi convient-il de rechercher comment cette distinction s'est introduite en Angleterre.

L'origine de la distinction, en matière de mariage, entre les règles de forme et les règles de fond, du point de vue de la loi applicable, doit être recherchée dans l'arrêt *Brook c. Brook*.

Un mariage avait été célébré au Danemark entre conjoints domiciliés en Angleterre et dont le degré de parenté constituait un empêchement au mariage d'après le droit anglais. Successivement en première instance (2) et en appel devant la Chambre des Lords (3), leur mariage fut jugé nul. La distinction entre les conditions de fond et les conditions de forme du mariage, du point de

(1) Il s'agit du *dictum* du juge COTTON dans l'arrêt *Sottomayor c. de Barros* (1877) 3 P. D. (C. A.) 1, (2^e décision). Voy. sur ce *dictum*, *infra*, pp. 67-68 et cf. aussi CHESHIRE, *op. cité* p. 161, rapportant un passage du juge JESSEL, qui indique la méthode d'interprétation à suivre pour déterminer la portée exacte d'un arrêt (SIR GEORGE JESSEL, *Osborne to Rowlett* (1880), 13 Ch. D. 774, à p. 785).

(2) (1857) 3 Sm. and Giff. 510.

(3) (1861) 9 H. L. C. 193.

vue de la loi applicable, est nettement dégagée en appel. devant la Chambre des lords, où Lord Campbell qui rendit l'arrêt, déclara : « Le principe général de la validité du mariage conforme à la loi du lieu de célébration ne fait aucun doute. Mais si les formes dans lesquelles le mariage doit être célébré, doivent être régies par la loi du lieu de la célébration du mariage, les conditions de fond du contrat doivent dépendre de la loi du domicile, de la loi du lieu où les parties sont domiciliées au moment du mariage et où elles ont l'intention de s'établir ».

Malgré cette déclaration de principe, l'arrêt de la Chambre des Lords, lorsqu'on le considère d'un peu près, paraît avoir été rendu essentiellement sur le terrain de l'ordre public. Cela ressort d'un passage postérieur de l'arrêt, où l'on trouve déclaré par Lord Campbell : « Ma décision dans cette affaire ne repose pas sur la notion d'une incapacité personnelle de contracter, mais sur le fait que le mariage était prohibé en Angleterre, comme contraire à l'ordre public. »

Il est cependant intéressant de constater qu'en première instance le juge Cresswell basa sa décision, non seulement sur le terrain de l'ordre public, s'opposant à la reconnaissance en Angleterre de la validité du mariage, mais encore sur le principe de l'extra-territorialité (1) des règles de capacité. Parlant en effet de l'empêchement au mariage, découlant du droit anglais, ce juge s'exprima dans les ter-

(1) Cette expression est utilisée ici, pour désigner la compétence législative attribuée à la loi personnelle. Voy. pour l'emploi de cette expression dans ce sens : LÉVY-ULLMANN, *Cours de droit international privé*, 1934-1935 (doctorat), p. 150.

mes suivants : « Le droit anglais constitue sur ce point un statut personnel, affectant l'état des personnes et créant à leur égard une incapacité, qui doit nécessairement les suivre en tous pays. »

Ce même principe de la compétence de la loi du domicile, entraînant l'application du droit anglais, est consacré dans un arrêt *Mette c. Mette* (1), où il fut jugé que devait être considéré comme nul, un mariage célébré en Allemagne entre une allemande et un anglais, ce dernier étant domicilié en Angleterre et les conjoints ayant un degré de parenté prohibé par le droit anglais. Dans cet arrêt le droit anglais était donc appliqué, alors qu'un seul des conjoints était domicilié en Angleterre (2).

Ainsi les arrêts *Brook c. Brook* et *Mette c. Mette* avaient apporté de sérieuses limitations à l'application de la *lex loci* en matière de mariage, en consacrant l'application de la loi du domicile pour déterminer les conditions de fond du contrat. Cette brèche une fois ouverte, devait aller en s'agrandissant. Dans la fameuse affaire *Sottomayor c. de*

(1) (1859) 1 *Sw. and Tr.* 416.

(2) Il est intéressant de noter que dans cet arrêt le droit anglais, n'était pas seulement la *lex domicilii* du mari, mais encore la loi du domicile matrimonial. Il en était de même dans l'arrêt *Brook c. Brook*, aussi M. CHESHIRE invoque-t-il l'autorité de ces arrêts, à l'appui du système qu'il préconise et qui consiste à appliquer la loi du domicile matrimonial, pour déterminer la capacité en matière de mariage, (cf. CHESHIRE, *op. cit.*, p. 158, p. 160, p. 166). Cet auteur soutient d'ailleurs le même système, lorsqu'il s'agit du contrat de mariage. (Cf. CHESHIRE, *op. cit.*, pp. 167 et s., analysant les arrêts : *Re Cooke's Trusts* (1887) 56 L. J. (N. S.), Ch. 637, *Cooper c. Cooper* (1888), 13 App. Cas. 99 et *Viditz c. O'Hagan* (1899) 2 Ch. 569. Ce dernier arrêt, comme le suggère M. CHESHIRE, ne paraît pas viser une question de capacité).

Barros (1), l'application de la loi du domicile à la détermination de la capacité, fut considérée en appel, comme un principe général valable pour tous les contrats.

Un mariage avait été célébré en Angleterre entre deux conjoints portugais domiciliés au Portugal et qui, d'après le droit de leur domicile, ne pouvaient se marier, étant à un degré de parenté où le mariage est prohibé d'après la loi portugaise. Le mariage fut successivement jugé valable en première instance et nul en appel, et pourtant les décisions rendues de part et d'autre s'appuyaient sur les mêmes arrêts, *Brook c. Brook* et *Simonin Mallac*.

En première instance, l'arrêt *Brook c. Brook* fut cité en faveur du principe de compétence de la loi du domicile, en matière de capacité, mais la portée de cette décision fut limitée au cas particulier dans lequel elle avait été rendue, celui du mariage célébré à l'étranger par des conjoints domiciliés en Angleterre. Le juge Phillimore fit en effet remarquer, que dans l'hypothèse inverse, l'arrêt *Simonin c. Mallac* établissait que les incapacités du droit étranger ne recevraient aucun effet en Angleterre. Il fut dès lors conduit à déclarer sans effet les prohibitions du droit portugais et à valider le mariage.

En appel, au contraire, une interprétation différente fut donnée des arrêts *Brook c. Brook* et *Simonin c. Mallac*. Le juge Cotton analysa en effet le premier de ces deux arrêts

(1) Cette affaire fut l'objet de trois décisions : un jugement du *Tribunal de Première Instance* : (1877) 2 P. D. 81, un arrêt de la *Cour d'Appel* : (1877) 3 P. D. (C. A.) 1, et une instance en révision : (1879) 5 P. D. 94.

comme établissant dans le mariage, le principe de compétence de la loi du domicile, en matière de capacité, aussi bien dans l'hypothèse du mariage célébré à l'étranger par des anglais que dans l'hypothèse inverse du mariage célébré en Angleterre par des étrangers. Quant à l'arrêt *Simonin c. Mallac*, le juge Cotton considéra qu'il ne concernait pas un problème de capacité, mais une règle de forme et que, par conséquent, il ne pouvait être retenu dans un débat relatif au problème de la loi applicable à la capacité.

Ainsi, par une interprétation nouvelle des arrêts *Brook c. Brook* et *Simonin c. Mallac*, la Cour d'appel arrivait à consacrer le principe de compétence de la loi du domicile comme un principe constant en matière de capacité matrimoniale, ce qui constituait déjà une innovation quelque peu hardie. Mais non satisfait de ce résultat, le juge Cotton devait, dans une déclaration de principe demeurée célèbre, affirmer « que c'est un principe de jurisprudence constante que la capacité, quelque soit le contrat envisagé, relève de la loi du domicile. »

Cette affirmation de principe, bien que constituant un *dictum obiter causa*, qui n'était fondé sur aucune autorité (1) et qui a été justement critiqué (2), a exercé du fait

(1) Jusque-là la jurisprudence avait toujours consacré le principe de compétence de la *lex loci contractus*.

(2) Notamment par le Juge Hannen dans une instance en révision du procès pour fait nouveau, dans les termes suivants: « Je ne puis penser que l'éminent juge ait eu le désir de baser sa décision sur un principe aussi général, que celui qu'il a mis en avant relativement à la loi applicable à la capacité, pour conclure toute espèce de contrat ». Cf. *Sottomayor c. de Barros* (1879). 5. P. D. 94. (3^e déc.).

du faible volume de la jurisprudence (1), une profonde influence dans le droit anglais (2). Il est à la base de l'introduction en Angleterre de la loi du domicile, comme un principe général en matière de capacité (3).

Ce principe, conforme à la tradition coutumière, s'y est facilement développé. C'est qu'en effet il correspond bien aux nécessités particulières du droit anglais, qui régit non seulement l'Angleterre, mais l'ensemble d'un vaste empire, c'est-à-dire un certain nombre de pays soumis à des législations différentes. En l'absence d'une législation uniforme, il faut bien, en Angleterre, rattacher chaque individu à son domicile. Mais, tandis qu'aux Etats-Unis le domicile constitue un lien fragile et instable, en Angleterre, du fait de la théorie du domicile d'origine parfois qualifiée de « domicile national » (4), il constitue un élément de rattachement.

(1) Ce faible volume de la Jurisprudence en matière de conflit des lois, entraîne comme conséquence de donner un grand poids au moindre *dictum*, même *obiter causa*. Cf. sur ce point GOODHART, *Case law in England and America* 15 *Corn. L. Q.* 173 (1930).

(2) C'est ainsi que dans un arrêt postérieur *In Re Cooke's Trusts* (1887) 56 L. J. (N. S.). Ch. 637, le *dictum* du juge Cotton fut cité par la Cour, qui se déclara liée par le principe qu'il posait, quelles que soient les critiques qui aient été dirigées contre lui.

(3) C'est en effet ce *dictum* du juge Cotton, qui est cité par DICEY, *Digest on the conflict of laws*, 2^e éd. p. 543 règle 146, et par WESTLAKE, *Private International law*, 7^e éd., p. 40-43), à l'appui du principe général de compétence de la loi du domicile en matière de capacité, mis en avant par ces auteurs.

(4) Cf. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 3^e éd., p. 47.

ment aussi permanent et aussi stable que la nationalité dans notre droit (1).

La loi du domicile ainsi comprise était particulièrement adaptée aux conditions de l'Angleterre. Néanmoins elle a subi dans la jurisprudence une certaine régression à partir du début du xx^e siècle. Ce sont les manifestations de cette régression que nous allons constater dans la période postérieure à 1908.

SECTION III

LA PÉRIODE POSTÉRIEURE A 1908 : LA RÉGRESSION DE LA LOI DU DOMICILE

Comme le déclare une décision américaine rendue en 1816 (2) : « il est dangereux de considérer les principes généraux posés par les juges anglais, si éminents soient-ils, comme des règles infaillibles de décision. Il arrive en effet souvent que ces principes soient limités dans leur application, bien que les termes dans lesquels ils sont présentés ne le laissent pas paraître. »

L'affirmation qui précède est particulièrement exacte en ce qui concerne le principe de compétence de la loi du domicile en matière de capacité. Bien que ce principe soit présenté dans l'arrêt *Sottomayor c. de Barros* (3), comme un principe général et absolu, la jurisprudence le limite étroi-

(1) Tout en présentant par rapport à la loi nationale, l'avantage de constituer du territorialisme, (cf. sur ce point, *supra* p. 26, note 3).

(2) Arrêt cité dans MAYER: « Zur Parteiautonomie als Kollisionsnorm », 44 *Niemeyer's Zeitschrift*. 103 (à p. 104) (1931).

(3) (1877) 3 P. D. (C. A.) 1 cf. *supra* p. 67.

tement dans son domaine d'application. Le juge Cotton lui-même marque une de ces limites, lorsqu'il restreint la portée de sa décision dans cette affaire, au cas spécifique où elle a été rendue (1), celui où les deux conjoints sont au moment de la célébration du mariage domiciliés dans le même pays.

Ce juge s'exprime en effet dans les termes suivants : « Le principe qu'aucune nation n'est dans l'obligation de reconnaître la législation d'un pays étranger, lorsque son application est une source d'injustice à l'égard de ses sujets semblerait devoir empêcher que l'on invoque notre décision dans la présente affaire, comme une autorité pour l'annulation d'un mariage entre un anglais domicilié en Angleterre et un étranger frappé d'incapacité par sa loi personnelle. » (2).

Dans ce passage, on l'aperçoit, le juge Cotton suggère la possibilité d'écarter la loi du domicile, dans le cas du mariage célébré en Angleterre entre un anglais et un étranger, en vue de protéger le conjoint anglais contre les incapacités que pourrait invoquer le conjoint étranger, en se fondant sur sa loi personnelle. C'est là ce qu'a fait la jurisprudence après 1908. Elle a donné en effet un carac-

(1) Conformément à la méthode d'interprétation jurisprudentielle, préconisée par le juge JESSEL, qui déclare en effet « que le seul point dans la décision d'un juge, qui constitue une règle obligatoire pour les décisions postérieures, est le principe sur le fondement duquel, l'arrêt a été effectivement rendu ». (Cf. Sir George JESSEL, *Osborne to Rowlett* (1880), 13 Ch. D. 774, à p. 785, passage rapporté par CHESHIRE, *op. cit.*, p. 161).

(2) Cf. Arrêt *Sotomayor c. de Barros* 3 P. D. (C. A.) 1, à la p. 6 (2^e décision).

tère relatif à la loi du domicile lorsqu'elle conduit à l'application de la loi étrangère, en utilisant des procédés techniques dont nous parlerons, en abordant maintenant dans un second chapitre, l'examen des limites apportées au principe de compétence de la loi du domicile.

CHAPITRE II

LES LIMITES AU PRINCIPE DE COMPÉTENCE DE LA LOI DU DOMICILE

Nous venons d'indiquer que, postérieurement à 1908, la jurisprudence tend à donner un caractère relatif à la loi du domicile, lorsqu'elle conduit à l'application de la loi étrangère. C'est la première limite qui est apportée au principe de compétence de la loi du domicile.

Il en existe une seconde qui est même plus grave : la loi du domicile est complètement écartée dans les contrats d'affaires, en faveur de la loi du lieu de conclusion.

Examinons successivement ces deux ordres de limites au principe de compétence de la loi du domicile.

SECTION I

LE CARACTÈRE RELATIF DE LA LOI DU DOMICILE LORSQU'ELLE CONDUIT A L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE

La jurisprudence anglaise écarte volontiers la loi du domicile lorsqu'elle conduit à l'application de la loi étrangère. C'est ainsi que dans l'hypothèse prévue par le juge Cotton du mariage célébré en Angleterre entre un anglais

et un étranger, en vue de protéger le conjoint anglais, elle met en échec la loi du domicile du conjoint étranger, en refusant de reconnaître les incapacités dérivant de cette loi.

Pour arriver à ce résultat, la jurisprudence invoque parfois la qualification de « disposition de forme ». C'est ce qui s'est produit dans un arrêt *Ogden c. Ogden* (1), rendu à propos des autorisations à mariage imposées par le droit français aux mineurs.

Un mariage avait été valablement célébré en Angleterre entre deux mineurs, l'un anglais, l'autre français. Ce dernier n'avait pas obtenu le consentement de ses parents prescrit par l'art. 148 du Code civil. Le mariage, bien que valable d'après le droit anglais, était donc nul aux yeux de la loi française, la nécessité du consentement des parents se rattachant à l'idée de protection de l'incapable. Successivement, en première instance et en appel, les tribunaux anglais admirent sa validité, le consentement des parents, requis par le droit français, constituant à leurs yeux, une formalité relative à la célébration du mariage.

Cette qualification a été critiquée par les auteurs (2). Son utilisation s'explique par le désir de la Cour de protéger le conjoint anglais et de servir, par conséquent, l'intérêt national (3).

Lorsque l'incapacité que vient invoquer en Angleterre le conjoint étranger, est une incapacité d'un genre

(1) (1908) P. 46.

(2) Cf. notamment, CHESHIRE: *Private international law* (1935) p. 164-165.

(3) Cf. en ce sens J. D. I. HUGHES, « *Judicial Method and the problem in Ogden c. Ogden* » 44 *L. Q. Rev.* 217 (1928).

inconnu dans les pays civilisés, les tribunaux anglais se refusent à la reconnaître et tiennent, le mariage pour valable, par application de la règle de Dicey suivant laquelle :

« Un mariage célébré en Angleterre n'est pas invalidé par l'existence d'une incapacité édictée par la législation du domicile de l'un ou même des deux conjoints, lorsque la cause d'incapacité est de telle nature que les tribunaux anglais refusent de la reconnaître » (1).

C'est là ce qui a été notamment jugé dans un arrêt *Chetti c. Chetti* (2). Un mariage avait été valablement célébré entre une anglaise et un hindou, qui, après quelques années de vie commune, abandonne sa femme. Poursuivi devant les tribunaux anglais en paiement d'une pension alimentaire, au profit de l'enfant né de ses œuvres, il oppose la nullité de ce mariage, déclarant qu'à l'époque de la célébration de celui-ci il était domicilié aux Indes et que la législation de ce pays lui interdisait d'épouser une femme étrangère à sa caste. La Cour se refusa à reconnaître cette incapacité, comme étant d'une nature étrangère et incompatible avec l'ordre juridique anglais (3). Le mariage fut en conséquence tenu pour valable et le défendeur fut condamné à verser la pension alimentaire.

Comme dans l'arrêt *Ogden c. Ogden*, il semble que der-

(1) DICEY, *Digest of the law of England with reference to the conflict of laws*, 3^e éd. (1922), règle 183, exception 3, p. 684.

(2) (1909) P. 67.

(3) L'arrêt cite WESTLAKE, *Private International Law* Section 16 pour la règle « qu'une incapacité d'une nature religieuse, ou étrangère au droit anglais, ou même en complète opposition avec les principes fondamentaux de ce droit (comme par exemple une incapacité découlant d'une institution comme l'esclavage) ne sera pas reconnue en Angleterre ».

rière le procédé technique utilisé, se cachait la préoccupation d'assurer l'application du droit anglais et de protéger les intérêts nationaux, c'est-à-dire, ici, d'assurer une pension alimentaire à la femme et à l'enfant. Voici en effet comment s'exprime l'arrêt :

« Devons-nous admettre qu'un étranger, domicilié dans un pays étranger, puisse venir chez nous contracter un mariage, valable suivant le droit local, et qu'il prétende ensuite qu'en raison de son incapacité, il n'avait pas droit de faire ce qu'il a fait ?... Est-ce que nos tribunaux doivent admettre une pareille prétention, conduisant à une répudiation des obligations que cet étranger a assumées chez nous, avec toutes les conséquences qu'elle entraîne, quant à la position de la femme et à la condition des enfants ? »

Cette jurisprudence présente, on l'aperçoit, un caractère quelque peu unilatéral en faveur de l'application de la loi anglaise, puisqu'elle arrive à ce résultat qu'un auteur résume d'une manière pittoresque, en déclarant que « tandis qu'un anglais transporte avec lui sa loi personnelle, un étranger la dépose à la douane de Douvres » (1). Elle apparaît comme étant inspirée par l'idée que l'étranger ne doit pas pouvoir invoquer une incapacité en Angleterre au détriment des intérêts anglais.

Mais la jurisprudence anglaise ne s'est pas contentée d'appliquer la loi du domicile d'une manière unilatérale, en faveur du droit anglais, elle va en effet jusqu'à écarter

(1) T. BATY, *Polarized law. Three lectures on conflict of laws* (1914), p. 58.

cette loi, pour des considérations d'utilité pratique dans les contrats d'affaires, pour lesquels elle déclare applicable en matière de capacité la loi du lieu de conclusion.

SECTION II

LA LOI DU DOMICILE ÉCARTÉE EN FAVEUR DE LA LOI DU LIEU DE CONCLUSION DANS LES CONTRATS D'AFFAIRES

La loi du domicile, bien que normalement compétente en matière de capacité, est écartée dans les contrats d'affaires en faveur de la loi du lieu de conclusion.

C'est là une dérogation extrêmement grave au principe de compétence de la loi du domicile (1), puisque les contrats d'affaires représentent la majorité des contrats. Elle trouve son point de départ dans l'influence qu'a exercée sur le droit anglais notre jurisprudence de l'intérêt national. C'est en effet après avoir constaté qu'en France à la suite de l'arrêt *Lizardi*, la jurisprudence avait limité l'ap-

(1) Cette dérogation n'est pas admise au Canada dans la Province de Québec. (Cf. l'article 6 du *Code civil de Québec*, qui déclare applicable en matière de capacité la loi du domicile, sans distinguer suivant la nature du contrat effectué). Il est curieux de constater qu'à Québec, comme dans l'Etat de Louisiane aux Etats-Unis (cf. *supra* p. 38, note 2), la jurisprudence de l'intérêt national n'a pas été admise. Cela est mis en lumière dans l'arrêt *Jones c. Dickinson* (7 S. C. Q. 313 [1893]), où il fut jugé qu'un mineur domicilié dans la Province d'Ontario et incapable de s'obliger d'après la législation de cette Province, pouvait invoquer librement son incapacité dans la Province de Québec dans laquelle il avait conclu une transaction. (Cf. également sur ce point et dans ce sens, JOHNSON, *The Conflict of laws with special reference to the law of the Province of Quebec*, vol. 3 (1937) p. 408 et s.).

plication de la loi du statut personnel, que Westlake (1) a été amené à se demander s'il ne fallait pas reconnaître en Angleterre une certaine compétence à la loi du lieu de conclusion du contrat. Voici comment il s'exprime à ce sujet :

« Faut-il exclure toute compétence de la *lex loci contractus* en matière de capacité ? Le cas du mariage est un peu spécial. D'autres considérations doivent prévaloir lorsqu'il ne s'agit plus du mariage. Nous avons parlé des exceptions qui sont reconnues en France et en Allemagne au principe de la compétence de la loi du statut personnel, pour permettre de valider l'engagement de l'incapable. »

Mais à ces considérations de protection des intérêts nationaux, se sont joints en Angleterre, des arguments d'utilité pratique, qui ont conduit à admettre une exception en faveur de la *lex loci contractus* dans les contrats d'affaires, sans distinguer suivant qu'ils sont conclus en Angleterre ou à l'étranger. Cette exception n'a été d'ailleurs reconnue que progressivement. C'est ainsi que Dicey la suggère dans les premières éditions de son traité, avec une certaine hésitation qui reflète l'influence considérable qu'a exercé sur lui, la règle qu'énonce le juge Cotton, dans l'arrêt de la Cour d'appel rendu dans l'affaire *Sottomayor c. de Barros* (2) en faveur de la compétence de la loi du domicile en matière de capacité dans tous les contrats. Il devient d'ailleurs plus affirmatif dans les éditions suivantes, tout en maintenant à la compétence de la *lex loci contractus*, le caractère d'une règle d'exception, établie en faveur de ce que cet auteur qualifie de « mercantile contracts » (3).

(1) WESTLAKE, *Private International law*, 7^e ed. 1925, p. 43.

(2) Cf. *supra* p. 67.

(3) La comparaison de la manière dont la règle est présentée dans la

L'expression, prise à la lettre, correspond à la catégorie très limitée des contrats passés par des commerçants. En réalité il s'agit bien plutôt des contrats d'affaires en général, c'est-à-dire en somme, de tous les contrats sauf ceux qui affectent l'état des personnes, comme le mariage. L'exception apparaît donc comme ayant un champ d'application plus étendu que la règle générale qu'elle tend à remplacer.

La plus récente autorité en droit International privé en Angleterre, M. Cheshire va même plus loin. Il préconise la solution américaine d'assimilation de la capacité aux conditions de fond, en lui étendant l'application de la loi du contrat qui n'est pas nécessairement la *lex loci contractus*, mais « celle du pays auquel le contrat est le plus étroitement rattaché » (1). La capacité ne serait pas, dès lors, soumise à une loi unique, mais à une loi propre pour chaque contrat, déterminée suivant une casuistique expérimentale que nous aurons l'occasion de décrire à propos des conditions de fond.

La jurisprudence dans les rares décisions rendues en

première édition du *Traité* de DICEY de 1896, et dans la 5^e édition de 1932 est très significative. Voir ces deux éditions et comparer les textes successifs de la règle 158, exception 1.

(1) CHESHIRE, *Private international law* (1935), p. 146. Pour justifier l'abandon de la loi du domicile en matière de capacité dans les contrats d'affaires, cet auteur s'appuie comme WESTLAKE sur l'arrêt *Lizardi*, dont il reproduit un passage important dans le texte même de son ouvrage. Mais il considère, à la différence de WESTLAKE et de DICEY, qu'il est arbitraire d'appliquer d'une manière rigide la loi du lieu de conclusion, il préfère le système américain de la loi du contrat.

cette matière (1), semble ne pas suivre le système de M. Cheshire. La capacité, si elle est soustraite à la loi du domicile dans les contrats d'affaires, reste en effet soumise à un régime spécial, différent de celui des conditions de fond. Ce n'est pas la loi du contrat qui lui est applicable, mais la *lex loci contractus*. C'est là une dérogation au principe de la compétence de la loi du domicile, introduite dans les contrats d'affaires, pour satisfaire aux besoins de la pratique, et ceci apparaît clairement dans un arrêt *McFeetridge c. Stewarts and Lloyd* (2).

Un mineur, domicilié en Irlande, est victime d'un accident au cours d'un travail qu'il effectue en Ecosse, pour le compte d'une société écossaise. Sans consulter son père, il signe un accord par lequel il accepte de recevoir une indemnité dont le montant doit être déterminé conformément à la loi écossaise de 1906, sur les accidents du travail. Il touche pendant quelque temps la pension qui lui revient aux termes de cette loi.

Mais venant à apprendre qu'il pourrait obtenir une indemnité plus élevée en se fondant sur la responsabilité de droit commun, il actionne la société défenderesse en se plaçant sur ce nouveau terrain. Il prétend que l'accord précédem-

(1) La jurisprudence n'offre guère que trois arrêts ayant eu à déterminer la loi applicable à la capacité dans les contrats d'affaires. Ce sont les arrêts : *Male c. Roberts* (1800) 3 Esp. 163, voy. *supra* pp. 58-59, *McFeetridge c. Stewarts and Lloyd* (1913) Sess. Cas. 773, *infra* p. 79 et *Kent c. Salmon* (1918) Transv. Prov. Div. 637, *infra* pp. 80-81. Encore convient-il de remarquer, que sur ces trois décisions, la deuxième est écossaise et la troisième rendue par la Cour Suprême du Transvaal. Cette jurisprudence est donc peu fournie.

(2) (1913) Sess. Cas. 773.

ment signé est nul, car il ignorait alors ses droits véritables, et en vertu de la loi irlandaise de son domicile, il n'avait pas pu faute de capacité, s'obliger valablement. Sa demande fut rejetée et il fut jugé que c'était la *lex loci contractus*, en l'espèce la loi écossaise, qui devait s'appliquer, et que d'après cette loi, il était pleinement capable de s'engager.

Les raisons invoquées dans l'arrêt pour écarter l'application de la loi du domicile, méritent d'être indiquées, car elles sont assez particulières. Voici comment la Cour s'est exprimée : « Les arguments qui étayaient ce principe (il s'agit du principe de la compétence de la *lex loci contractus*), sont essentiellement des arguments de bon sens et de commodité. On ne peut présumer que le citoyen écossais ait pu connaître la législation régissant la capacité de l'étranger avec lequel il contractait. Il n'avait aucune raison de croire que celui-ci n'avait pas acquis un domicile en Ecosse, puisqu'il y résidait. Seul l'étranger était en mesure de connaître son véritable domicile. »

Le même genre d'argumentation se retrouve dans l'arrêt *Kent c. Salmon* (1), rendu par la Cour Suprême de la Province du Transvaal. Il s'agissait de certains achats, qu'une femme mariée domiciliée en Angleterre, avait effectués en Afrique du Sud, au Transvaal. Capable d'après la législation du Transvaal, la contractante ne l'était pas d'après la loi anglaise de son domicile, qui exigeait l'obtention de l'autorisation maritale.

Poursuivie devant la Haute Cour du Transvaal, ses enga-

(1) (1918) Trans. Prov. Div. 637.

gements furent tenus pour valables, le droit du Transvaal étant déclaré applicable, en vertu du principe de la compétence en matière de capacité de la *lex loci contractus*. Voici comment s'exprime la Cour : « Il y a dans le cas des contrats commerciaux du même type que celui-ci, de sérieuses raisons de décider que la capacité des contractants doit être déterminée, non pas par la loi de leur domicile, mais par celle du pays où a été conclu le contrat. » Ces raisons sont ensuite indiquées dans l'arrêt : ce sont essentiellement les difficultés inextricables qu'entraînerait pour le contractant, l'obligation de déterminer le contenu de la loi du domicile des étrangers avec lesquels il contracte. Ces difficultés constitueraient une entrave sérieuse au développement des affaires ».

L'exception apportée à l'application de la loi du domicile en faveur de la *lex loci contractus* dans les contrats autres que le mariage, ne paraît pas avoir été appliquée par la jurisprudence anglaise de façon unilatérale et au seul profit du droit anglais. Elle a été en effet suivie dans le cas de contrats conclus à l'étranger. Dans l'arrêt *Male c. Roberts* que nous avons rencontré dans l'examen de la Jurisprudence antérieure à 1860 (1), nous avons vu que la *lex loci contractus* avait été appliquée alors que le contrat avait été conclu en Ecosse, par un mineur anglais. (2).

La jurisprudence anglaise apparaît donc, comme ayant consacré le système de la *lex loci contractus* pour déterminer la capacité dans les contrats d'affaires. Cette solu-

(1) Cf. *supra* pp. 58-59 et s.

(2) Il est vrai que dans cet arrêt, nous l'avons indiqué, le droit écossais fut présumé identique au droit anglais.

tion pourrait surprendre, puisqu'elle aboutit à consacrer une dualité de régime en matière de capacité, la loi applicable n'étant pas la même dans les contrats d'affaires que dans les autres contrats (1). Elle s'explique peut-être par ce fait, que le principe de la personnalité du droit a pénétré moins profondément en Angleterre que chez nous (2), par suite de la formation coutumière et du caractère féodal du droit anglais (3). C'est en effet ce qu'indique le juge Barne, dans l'arrêt *Ogden c. Ogden* (4) où, parlant du système consistant à rattacher la capacité à la loi personnelle du contractant, il déclare que c'est « un système qui semble découler de principes qui ne sont point ceux de la *Common Law* traditionnelle anglaise, et qui s'inspirent de considérations, qui n'ont pas la même force dans ce pays qu'à l'étranger. »

Mais c'est surtout la grande importance que les juges

(1) Cette idée de distinguer suivant la nature du contrat, pour déterminer la loi applicable à la capacité, se trouve en germe dans un arrêt *Cooper c. Cooper* (1888). L. R. 13 App. Cas. 88, où nous trouvons affirmé par le Juge MACNAGHTEN « qu'il se peut qu'une seule et même règle ne soit pas applicable à tous les cas ».

(2) L'application de la loi du domicile consacrée en Angleterre, ne se rattache pas à proprement parler à la personnalité du droit, à la différence du système de la loi nationale, elle constitue du territorialisme. Cf. sur ce point, LÉVY-ULLMANN, *Cours de droit international privé* 1937-1938 (doctorat), p. 137 et voy. *supra* p. 23, note 1 et p. 26.

(3) Voy. *supra* p. 19.

(4) *Ogden c. Ogden* (1908) P. 46 à la p. 59. Le même juge suggère dans l'arrêt *Chetti c. Chetti* (1909) P. 67 à la p. 85, que le principe de l'extraterritorialité de la capacité est peut-être mieux adapté à des pays rattachés au système de la loi nationale, qu'il ne l'est à l'Angleterre avec son système de la loi du domicile.

anglais accordent aux considérations d'utilité pratique, qui explique l'exception faite en faveur de la *lex loci contractus*. En effet, comme l'écrit M. Cheshire : « le sacrifice d'un principe bien reconnu sur l'autel des besoins du commerce, est un acte qui plaît aux juristes anglais » (1).

(1) CHESHIRE, *Private International law* (1935), p. 148.

DEUXIÈME PARTIE

LES RÈGLES DE FORME

TITRE PREMIER

LE DROIT AMÉRICAIN

Les règles de forme sont soumises en principe en droit américain à la loi du contrat. Mais comme en matière de capacité, il y a certaines limites à l'application de cette loi. Nos explications seront donc tout naturellement divisées en deux chapitres, dans lesquels nous étudierons successivement : le développement du principe de compétence de la loi du contrat, puis les dérogations à l'application du principe.

CHAPITRE PREMIER

LE DÉVELOPPEMENT DU PRINCIPE DE COMPÉTENCE DE LA LOI DU CONTRAT

La distinction entre le fond et la forme s'impose à notre esprit d'une manière extrêmement nette. Il n'en est pas de même en droit américain, car comme l'écrit fort justement M. Lorenzen : « le problème de la loi compétente pour déterminer la validité du contrat quant aux formes extrinsèques, continue à être considéré par la Jurisprudence américaine comme une partie inhérente au problème de la loi applicable aux conditions de fond du contrat. » (1).

Aussi longtemps que cette situation persistera, les exigences de forme, seront soumises, comme les règles relatives à la capacité des contractants, au régime des conditions de fond, c'est-à-dire à la loi du contrat.

Cette loi n'est pas déterminée de façon *ne varietur*, et dans la jurisprudence nous trouvons appliquée tantôt la *lex loci contractus*, tantôt la *lex loci solutionis*.

Comme arrêt de principe, déclarant applicable la *lex loci contractus* en matière de formes, on a coutume de citer

(1) LORENZEN, *The validity of wills, deeds and contracts as regards form in the conflict of laws* (1911) 20 *Yale Law Journal* 427 (à la p. 442).

l'arrêt *Scudder c. Union National Bank*, (1) rendu par la Cour Suprême des Etats-Unis en 1875. Il s'agissait de la validité de l'acceptation verbale d'une traite. La traite avait été tirée dans l'Illinois, où l'acceptation verbale est valable, elle était payable dans le Missouri, où cette forme d'acceptation est nulle. La Cour Suprême des Etats-Unis jugea que le droit de l'Illinois s'appliquait comme *lex loci contractus*. Voici comment s'exprime l'arrêt :

« La question de savoir si un contrat doit être passé par écrit ou s'il peut être fait verbalement, est une question touchant aux formes du contrat, et qui doit être déterminée par la loi du lieu de passation du contrat ».

Un peu plus loin, la raison de cette compétence de la *lex loci contractus* en matière de forme, se trouve nettement dégagée ; il s'agit, nous dit l'arrêt, de l'application du principe plus général d'après lequel : « Tout ce qui concerne la conclusion, l'interprétation et la validité d'un contrat est déterminé par la loi du lieu où le contrat est passé. »

C'est donc comme loi régissant les conditions de fond, que la *lex loci contractus* est suivie pour déterminer la validité du contrat quant aux exigences de forme. On pourrait croire, à s'en tenir au passage précédent de l'arrêt, que la loi du contrat est toujours la loi du lieu de conclusion. Il n'en est rien, et nous verrons dans l'arrêt *Hall c. Cordell* (2), la Cour Suprême déclarer applicable aux exigences de forme (comme loi du contrat), la *lex loci solutionis*.

(1) 91 U. S. 406 (1875). Cf. aussi *Hubbard c. Exchange Bank* 72 Fed. 234. (1896), et *Hunt c. Jones* 12 R. I. 265 (1879).

(2) 142 U. S. 116 (1891).

L'arrêt *Hall c. Cordell* fut rendu une quinzaine d'années après l'arrêt *Scudder c. Union National Bank* et, coïncidence frappante, la Cour Suprême des Etats-Unis se trouvait devant le même problème à résoudre. Il s'agissait ici encore de déterminer si l'acceptation verbale d'une traite était valable. Tirée dans le Missouri où l'acceptation verbale n'est pas admise, la traite était payable dans l'Illinois, où, au contraire, la forme verbale est valable. Le droit de l'Illinois, *lex loci solutionis* fut appliqué et l'engagement reconnu valable. Cette solution est justifiée par la Cour comme correspondant à l'intention présumée des parties.

Les deux arrêts *Scudder c. Union National Bank* et *Hall c. Cordell* sont donnés par M. Beale (1), comme exemples de l'incohérence et de la contradiction de la jurisprudence. En réalité, ils nous semblent parfaitement conciliables. L'un et l'autre soumettent les règles de forme à la loi du contrat, mais cette loi n'est pas nécessairement la *lex loci contractus*, elle peut être la *lex loci solutionis*. Le juge donnera la préférence à celle de ces deux lois qui correspond le mieux au caractère du contrat et aux circonstances dans lesquelles il a été passé (2).

Dans l'arrêt *Scudder c. Union National Bank*, si la *lex loci contractus* a été déclarée applicable, ce n'est pas, malgré les termes de l'arrêt, en vertu d'un principe général et absolu, mais parce que la loi de l'Illinois, *lex loci con-*

(1) BEALE, *Treatise*, p. 1078.

(2) Nous avons déjà mentionné cette casuistique expérimentale des juges en matière de capacité (cf. *supra* p. 44), nous l'étudierons dans notre troisième partie à propos de la détermination de la loi du contrat (cf. *infra* pp. 145 et s.).

tractus, validait l'engagement et correspondait mieux à l'intention présumée des parties, que la loi de Missouri qui rendait cet engagement nul. La *lex loci contractus* était donc appliquée comme correspondant à l'intention présumée des parties, à titre de loi propre du contrat.

Dans l'arrêt *Hall c. Cordell*, l'application du droit de l'Illinois comme *lex loci solutionis*, s'explique non moins aisément. Elle n'est pas non plus la conséquence d'une règle générale ou absolue, et d'ailleurs ici, l'arrêt de la Cour Suprême, mieux rédigé, indique bien que la *lex loci solutionis* n'est appliquée, que pour des considérations d'intention et d'utilité. Le juge Harlan qui rendit la décision, indique en effet les éléments de rattachement qui justifient l'application de cette loi, notamment le fait que les défendeurs sont domiciliés dans l'Etat de l'Illinois (1), et conclut par cette affirmation : « Qu'il n'y a rien dans les faits de cette affaire, d'où l'on puisse induire que les parties aient eu en vue, une autre loi que la loi du lieu d'exécution. »

En définitive, la doctrine qui se dégage des deux arrêts *Scudder c. Union National Bank* et *Hall c. Cordell* paraît bien être que ni la *lex loci contractus*, ni la *lex loci solutionis* n'est exclusivement compétente, mais que la jurisprudence examinant chaque cas, déclare applicable celle de

(1) Bien que cette circonstance ne soit pas mentionnée *expressis verbis* dans l'arrêt, le fait que le droit d'Illinois admet la validité intégrale de l'engagement oral, dut exercer une certaine influence sur les juges, étant donné la tendance marquée de la jurisprudence, à appliquer la loi qui fait produire le maximum d'effets au contrat. Cette tendance, déjà signalée en matière de capacité (cf. *supra* pp. 42 et s.), sera étudiée à propos de la détermination de la loi applicable aux conditions de fond (cf. notre troisième partie, *infra* pp. 145 et s.).

ces deux lois qui correspond le mieux à l'intention présumée des parties, d'après les éléments objectifs du contrat. C'est la méthode adoptée pour déterminer la loi applicable aux conditions de fond (1). Elle conduit en matière de forme à la consécration de la règle *locus regit actum* dans l'arrêt *Scudder c. Union National Bank* (2), qui tient pour valable un contrat conforme à la loi du lieu de passation, et à la reconnaissance du caractère facultatif de cette règle dans l'arrêt *Hall c. Cordell*, qui établit qu'un contrat peut être valable, même s'il n'est pas conforme à la loi du lieu de passation.

Ce sont là des résultats qu'il est intéressant de souligner ; ils tendent à rapprocher la jurisprudence américaine des solutions en vigueur en Angleterre (3) et en France (4).

Mais la loi du contrat n'est pas toujours suivie en matière de forme, aussi, convient-il de préciser les limites apportées à son application.

(1) Cf. *infra* pp. 145 et s.).

(2) Cet arrêt va jusqu'à citer le principe de WHARTON que « les obligations contractuelles sont soumises à la règle *locus regit actum*, relativement aux formes dans lesquelles elles doivent être passées ». (WHARTON, *A Treatise on the conflict of laws*, 1^{re} éd. [1872], Sect. 401).

(3) *Infra*, pp. 100 et s.

(4) *Infra*, pp. 222 et s.

CHAPITRE II

LES LIMITES AU PRINCIPE DE COMPÉTENCE DE LA LOI DU CONTRAT

L'exception d'ordre public n'est pas invoquée en matière de forme, comme en matière de capacité, pour écarter la loi applicable aux conditions de fond ; mais il y a d'autres limites à l'application de cette loi. Elles résultent de ce que les formes ne sont soumises à la même loi que les conditions de fond, que lorsqu'elles sont requises pour la validité du contrat. Les formes exigées pour la preuve du contrat en justice, sont en effet considérées en droit américain, comme des formes de procédure et rattachées à ce titre à la *lex fori*.

Cette solution s'explique par une certaine confusion entre la preuve et la procédure, qui résulte du caractère particulier que présentent dans ce droit, les règles de preuve. Elles ne correspondent point, comme chez nous, à la préoccupation de revêtir le consentement des parties d'une expression décisive et certaine (1), mais à celle d'empêcher que les jurés ignorants du droit,

(1) Cf. BARTIN, *Principes de droit international privé* (1932), vol. II, p. 93.

ne puissent être influencés par des faits sans pertinence ni logique. Leur développement s'est produit en quelque sorte, par réaction contre le système du jury, et leur complexité s'explique par une certaine méfiance des juges à l'égard de cette institution.

Ce rattachement à la *lex fori*, des règles de forme requises pour la preuve, ces règles étant considérées comme faisant partie de la procédure, s'est réalisé d'autant plus facilement en droit américain qu'il existe dans ce droit, une tendance marquée à élargir le domaine de la procédure (1). Cette tendance qui s'explique par l'influence du droit anglais (2) est fâcheuse, car elle conduit à faire dépendre de la *lex fori*, c'est-à-dire d'une loi essentiellement accidentelle, un grand nombre de questions étroitement unies à la vie juridique du contrat (3). Le rattachement des formes probantes à la *lex fori* est particulièrement regrettable. C'est une source de conflits de qualifications avec les droits étrangers qui, en grande majorité, soumettent comme le droit français (4), les formes probantes au même régime que les formes solennelles requises pour la validité du contrat. C'est aussi une source de difficultés dans le conflit entre les Etats américains. Il peut être en effet parfois délicat de savoir si une forme est

(1) Nous retrouverons cette tendance dans la troisième partie consacrée à l'étude des conditions de fond et des effets du contrat, cf. *infra* pp. 158-159.

(2) Cf. *infra* pp. 107-108.

(3) Elle a été notamment critiquée par le Professeur LORENZEN. (Cf. LORENZEN, « *The Statute of Frauds and the Conflict of laws* », 32 *Yale Law Journal*, 311 à p. 327).

(4) Voir la comparaison des droits américain et anglais avec le droit français dans le Livre II, *infra* pp. 228-229.

requis pour la validité du contrat ou pour sa preuve en justice, les deux choses étant étroitement unies.

Ces difficultés se sont présentées à propos du *Statute of Frauds*, qui requiert un écrit pour certains contrats (1). Les tribunaux américains ont eu à déterminer si cette formalité était nécessaire pour la validité du contrat ou pour sa preuve en justice. Dans le premier cas en effet, la loi applicable était la loi du contrat, dans le second au contraire la *lex fori*.

Ce problème de qualification a jeté la jurisprudence dans un grand état de confusion et d'incertitude. Pendant longtemps, sous l'influence du droit anglais (2), la jurisprudence dominante a considéré que les formes exigées par le *Statute of Frauds* étaient requises pour la preuve du contrat en justice, qu'elles faisaient donc partie des formes de procédure et que la *lex fori* leur était applicable (3). Mais cette solution faisait l'objet de vives critiques en doctrine (4) et une certaine évolution s'est dessinée dans des arrêts plus récents en faveur de la qualification de « forme requise pour la validité du contrat », rendant applicable la loi du contrat (5).

(1) Voir le texte du *Statute of Frauds* dans WILLISTON, « *On contracts* », § 449.

(2) Cf. *infra* pp. 107 et s.

(3) Cf. notamment les arrêts *Buhl c. Stephens* (1898 C. C.) 84 Fed. 922; *Straesser Arnold C° c. Franklin Sug. Ref. C°* (1925) C. C. A. 7 th., 8 Fed. (2 d.) 601; *Heaton c. Elridge* (1897) 58 Ohio St. 87.

(4) Cf. notamment LORENZEN, « *Statute of Frauds and the Conflict of Laws* » (1923) 32 *Yale L. J.* 210 à p. 320; GOODRICH, *Handbook on the Conflict of Laws* (1927) p. 173 et s.

(5) Voy. pour les références des arrêts, en plus de l'article de M. LORENZEN cité *note supra*, BEALE, *Treatise*, p. 1181 et s. et deux notes de jurisprudence publiées dans la *Revue juridique de Harvard*: « *Delimita-*

C'est cette dernière qualification que vient de consacrer tout récemment la Cour d'Appel de Delaware, dans un arrêt *Lams c. Smith C°* (1), remarquable par la netteté de ses motifs et qui a déjà retenu l'attention de la doctrine (2).

Par un contrat conclu dans l'Etat de New-York, le demandeur se réservait un droit d'option sur certains titres que le défendeur lui avait vendu. Ce droit d'option devait être exercé plus d'un an après la conclusion du contrat. Pour-suivi devant la Cour d'Appel de Delaware, en vertu de ce contrat, le défendeur opposa le *Statute of Frauds* de cet Etat, prescrivant un écrit pour tout contrat dont l'exécution a lieu plus d'un an après le moment où il a été conclu. Aucun écrit n'était requis d'après le droit de New-York.

Il s'agissait donc de résoudre un problème de qualification. Si l'écrit exigé par le *Statute of Frauds* était considéré comme requis pour la validité du contrat, le droit de New-York était applicable comme loi du contrat ; si, au contraire,

tion of procedure in the Conflict of Laws » (1933) 47 *Harv. L. Rev.*, 315 à p. 320 et « *Developments in the Law-Conflict of Laws* » (1937), 50 *Harv. L. Rev.* 1119 à p. 1162.

(1) Arrêt *Lams c. Smith*, Cour d'Appel de Delaware, 13 mars 1935, 105 A. L. R. 646, analysé par nous, au *Clunet* 1937 p. 873. Dans la traduction de l'arrêt, une erreur s'est glissée, que nous tenons à rectifier ici. Nous parlons de la décision, comme étant un jugement du tribunal de première instance de Delaware, alors qu'en réalité il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel (*Superior Court*) de la même juridiction.

(2) Cet arrêt a déjà fait l'objet de commentaires et de notes dans plusieurs revues juridiques américaines. Cf. notamment 50 *Harvard Law Rev.* 1162 (1937) ; son importance est par ailleurs mise en lumière par le fait qu'il figure dans le récent recueil sélectionné de la jurisprudence américaine en matière de conflit des lois. (Cf. CHEATAM, DOWLING and GOODRICH, *Cases on Conflict of laws* [1936] p. 362).

cet écrit était considéré comme requis pour la preuve du contrat, c'est le droit du Delaware qui devenait applicable comme *lex fori*. C'est la première de ces deux qualifications qui fut adoptée, et il fut jugé en conséquence que le défendeur ne pouvait opposer le *Statute of Frauds* de l'Etat de Delaware, puisque le contrat avait été conclu dans l'Etat de New-York. La Cour se fonde sur trois ordres d'arguments.

Elle souligne tout d'abord le fait que la qualification de « forme requise pour la validité », assure une plus grande protection aux citoyens du Delaware que celle de « forme requise pour la preuve », puisqu'elle met les contrats conclus dans l'Etat de Delaware, à l'abri des témoignages oraux mensongers, quel que soit le Tribunal saisi ; or le législateur a certainement eu l'intention d'assurer le maximum de protection aux citoyens du Delaware.

En second lieu la Cour déclare, que si la qualification « d'exigence de preuve », conduisant à l'application de la *lex fori*, est en harmonie avec le système juridique de l'Angleterre, elle ne l'est pas avec celui des Etats-Unis, où la situation est différente. En Angleterre, en effet, il n'y a qu'un seul *Statute of Frauds* applicable à l'intégralité du territoire. Aux Etats-Unis, au contraire, il y a presque autant de *Statutes of Frauds* que d'Etats. La qualification de « forme requise pour la validité », permet seule d'arriver à des solutions qui ne varient pas suivant le Tribunal saisi.

Enfin le troisième argument de la Cour contre la qualification de « forme probante », est que cette qualification conduit à ce résultat peu satisfaisant, qu'elle fait dépendre le sort du contrat du choix du Tribunal, en dehors de toute considération d'ordre public.

Cette jurisprudence nouvelle que consacre l'arrêt de la Cour d'Appel de Delaware, réduit singulièrement la portée pratique de la règle suivant laquelle les formes probantes sont rattachées à la *lex fori*, comme étant des formes de procédure. Elle contribue à rapprocher le droit américain du droit français, et il faut espérer qu'elle sera suivie aussi en Angleterre.

TITRE II

LE DROIT ANGLAIS

En droit anglais contrairement à ce que nous venons d'observer en droit américain, les règles de forme ne sont pas soumises au même régime que les conditions de fond du contrat. C'est en effet la loi locale du contrat qui leur est applicable, et non point comme en droit américain, la loi du contrat.

Mais il y a certaines limites au principe de compétence de la loi locale du contrat. Aussi serons-nous tout naturellement amené à diviser nos explications en deux chapitres. Nous examinerons dans un premier chapitre, comment le principe de la loi locale du contrat a été consacré en Angleterre, puis, dans un second chapitre, nous étudierons comment ce principe a été écarté dans un certain nombre de cas.

CHAPITRE PREMIER

LE DEVELOPPEMENT DU PRINCIPE DE COMPETENCE DE LA LOI LOCALE DU CONTRAT

Deux hypothèses doivent être envisagées : ou le contrat est passé dans les formes du lieu de conclusion, ou il est passé dans des formes différentes, qui ne sont pas admises par la législation locale.

Dans la première hypothèse, le contrat sera toujours tenu pour valable, par application de la loi locale du contrat. Cette solution se fonde, en Angleterre, comme chez nous, sur des considérations d'utilité pratique ; en effet, les formes d'un contrat se rattachent trop étroitement à la loi du lieu où celui-ci est passé, pour qu'on puisse exiger du contractant l'emploi de formes autres que celles qui sont en vigueur dans ce lieu.

C'est donc la règle *locus regit actum* qui est consacrée par le droit anglais (1), bien que l'on ne la rencontre pas toujours sous ce nom chez les auteurs (2).

(1) Cf. *Berthiaume c. Dastous* (1930) A. C. 79 (à p. 83). « S'il y a un principe mieux établi que tous les autres en droit international privé, c'est celui de l'application de la règle *locus regit actum*, sauf pour les questions de capacité ».

Cette solution est également consacrée au Canada dans la Province de Québec. (Cf. l'article 7 du *Code civil de Québec* qui l'établit en termes

L'arrêt de principe en cette matière a été rendu dans une affaire *Guepratte c. Young* (1). Il s'agissait en l'espèce d'un contrat passé en Angleterre, par une femme mariée domiciliée en France. Les formes du droit anglais avaient été suivies mais non celles du droit français ; la formalité des doubles de l'art. 1325 al. 1 du Code civil, n'avait pas été remplie. Le contrat fut jugé valable, parce que passé dans les formes de la loi locale ; le principe de compétence de la loi locale du contrat étant présenté dans l'arrêt, comme une règle « non seulement de droit français ou de droit anglais, mais de droit naturel ».

Si le contrat ne remplit pas les formalités prescrites par la loi locale, il n'est pas nécessairement tenu pour nul en Angleterre. C'est du moins la solution qui est consacrée postérieurement à 1862, car antérieurement à cette date, la loi locale du contrat étant appliquée comme un principe juri-

exprès et voy. pour les références de jurisprudence, JOHNSON, *The Conflict of laws with special reference to the law of the Province of Québec*, vol. 3 (1937) p. 411 et s.).

(2) C'est ainsi que DICEY et WESTLAKE, bien que consacrant le principe de compétence, en matière de forme, de la loi du lieu de passation, ne mentionnent pas l'adage *locus regit actum, expressis verbis*. Pour ces auteurs, la loi de la forme des actes porte le nom de *lex loci contractus*. (Cf. DICEY, *Digest on the conflict of laws*, 5^e éd. (1932) Règle 159) ou de *lex loci contractus celebrati*. (Cf. WESTLAKE, *Private international law*, 5^e éd. (1912), § 207). M. CHESHIRE, au contraire (*op. cité* p. 175), mentionne *expressis verbis* l'adage *locus regit actum*, également indiqué dans BURGIN AND FLETCHER, *The students' conflict of laws*, Londres 1928, article 57, commentaire, p. 129.

(1) (1851) 4 *De G. and Sm.* 217. Cet arrêt soulevait à côté d'une question de forme, une question de capacité, qui fut tranchée par l'application du droit français, comme droit du domicile, suivant le principe général admis en dehors des contrats d'affaires.

dique obligatoire pour les parties, le contrat était toujours tenu pour nul lorsque les formalités de cette loi n'étaient pas remplies.

Pour tenir compte de cette évolution historique du droit anglais, nous sommes conduit à examiner successivement la période antérieure à 1862, puis la période postérieure à 1862.

SECTION I

LA PÉRIODE ANTÉRIEURE A 1862 : LA LOI LOCALE DU CONTRAT APPLIQUÉE A L'EXCLUSION DE TOUTE AUTRE LOI, COMME UN PRINCIPE JURIDIQUE OBLIGATOIRE

Nous avons vu, en matière de capacité, qu'antérieurement à 1860 la loi locale du contrat était exclusivement appliquée. Il en est de même en ce qui concerne les exigences de forme, avant 1862. La loi locale leur est applicable en vertu d'un principe obligatoire, pour les parties, en vertu du principe du territorialisme alors largement admis.

Le caractère obligatoire de la règle *locus regit actum* est bien mis en lumière par les auteurs de cette époque. C'est ainsi que Westlake pose le principe que « L'accomplissement des formalités requises pour la validité d'un contrat par la loi du lieu où il a été passé, est nécessaire pour que le contrat soit valable » (1).

Ce principe correspond à la jurisprudence qui considère nul le contrat passé dans des formes non admises par la loi locale. Cette solution a été notamment consacrée dans les

(1) WESTLAKE, *Private international law*, Londres (1858), § 209.

arrêts *Alves c. Hodgson* (1) et *Clegg c. Levy* (2), à propos de conventions qui n'avaient pas été revêtues du timbre fiscal requis par la législation du lieu où elles avaient été passées. Dans l'un et l'autre cas, ces conventions furent déclarées nulles. Dans le second des deux arrêts, on trouve formulé le principe « qu'un contrat doit être conforme à la loi du lieu où il a été conclu, sous peine de nullité en tous pays. »

Le droit anglais apparaît donc comme ayant reconnu un caractère obligatoire au principe de compétence de la loi locale du contrat, antérieurement à 1862. Mais, comme en droit français, une évolution devait se produire conduisant à la consécration du caractère facultatif de ce principe. Elle se développa en Angleterre postérieurement à 1862.

SECTION II

LA PÉRIODE POSTÉRIEURE A 1862 : LA LOI LOCALE DU CONTRAT APPLIQUÉE « UTILITATIS CAUSA », A DÉFAUT D'INTENTION CONTRAIRE DES PARTIES

Nous avons vu qu'en matière de capacité postérieurement à 1860, des restrictions importantes avaient été apportées à la loi locale en faveur de la loi du domicile, à mesure que l'idée de l'extra-territorialité de la loi applicable à la capacité se développait en Angleterre.

En matière de forme, la loi locale demeure après 1862, la loi normalement compétente, mais au lieu d'être appliquée comme un principe juridique obligatoire, elle ne l'est plus

(1) (1797) 7 T. R. 241.

(2) (1822) 3. Camp. 166.

que pour les besoins de la pratique, *utilitatis causa*. Cette loi n'est dès lors appliquée qu'autant qu'elle vient en aide aux contractants. Aussi, si le contrat passé dans les formes de la loi locale est toujours tenu pour valable, le contrat passé dans des formes qui ne sont pas admises par cette loi, ne sera pas nécessairement jugé nul.

C'est ainsi que Dicey, après avoir posé comme un principe général la règle qu'aucun contrat n'est valable s'il n'a été passé dans les formes de la *lex loci actus*, prévoit aussitôt une exception, pour le cas où « les parties ont eu l'intention de faire produire des effets au contrat dans un autre pays, lorsque les formes de ce second pays ont été respectées. » (1).

M. Cheshire dégage encore plus nettement le caractère subsidiaire et facultatif de la règle, en posant le principe « qu'un contrat est valable s'il est passé dans les formes soit de la loi du lieu de conclusion soit de la loi propre du contrat : *the proper law of the contract* » (2).

La jurisprudence consacre ce caractère facultatif du principe de compétence de la loi locale du contrat. Elle admet la validité du contrat lorsque les formes locales n'ont pas été suivies, si les parties ont eu l'intention de se soumettre à la loi d'un autre pays. L'arrêt de principe a été rendu en 1862 dans l'affaire *Van Grutten c. Digby* (3), où il fut jugé qu'un

(1) DICEY, *op. cit.*, 5^e éd., Exception 3 à la règle 159.

(2) CHESHIRE, *op. cit.*, pp. 179-180. Il est à remarquer que cette différence quant à la forme dans laquelle se trouve dégagée la règle chez les deux auteurs, ne fait que refléter une certaine opposition dans leur conception de la loi propre du contrat. (Cf. *infra* pp. 170-171, la troisième partie).

(3) (1862) 31 Beav. 561, voy. l'analyse de cet arrêt, dans CHESHIRE, *op. cit.*, p. 399.

contrat de mariage passé en France dans les formes du droit anglais était valable, dès lors qu'il réglait le régime de biens situés en Angleterre et que des circonstances du contrat résultait une intention des parties de se soumettre à la législation anglaise.

Malgré cette interprétation restrictive, le principe de compétence de la loi locale du contrat a subi encore certaines limitations que nous allons maintenant examiner.

CHAPITRE II

LES LIMITES AU PRINCIPE DE COMPÉTENCE DE LA LOI LOCALE DU CONTRAT

Ce sont les mêmes limites qu'en droit américain ; la loi locale du contrat est appliquée aux seules formes requises, pour la validité du contrat, à l'exclusion des formes requises pour sa preuve en justice, qui sont considérées comme des formes de procédure et rattachées à la *lex fori*. Cette solution reflète la tendance que l'on trouve en droit anglais comme en droit américain, à étendre considérablement le domaine des règles de procédure (1).

Cette tendance s'explique par le développement même du droit anglais (2). Les juges anglais eurent à résoudre pendant longtemps exclusivement, des cas de droit interne, dans lesquels il n'y avait aucune place pour l'application de la loi étrangère. Ils prirent l'habitude d'étendre le champ des règles de procédure et lorsque, à partir du milieu du XVIII^e siècle se posèrent devant eux les premières affaires impliquant

(1) Elle est soulignée par DICEY qui écrit : « Les juges anglais donnent le sens le plus large au terme *Procédure*. » (Cf. DICEY, *op. cit.*, 5^e éd., p. 851).

(2) Voy. sur ce point : « *Delimitation of Procedure in the Conflict of laws* » (1933) 47 *Harv. L. Rev.* 315 à p. 316,

des conflits de lois, les concepts du droit interne passèrent entièrement en droit international privé, avec cette conséquence que, sur le terrain des conflits de lois, la qualification de « règles de procédure » fut largement étendue au delà des limites qu'elle a en droit français.

Les formes probantes étant considérées comme des formes de procédure, les tribunaux anglais eurent, comme les tribunaux américains, à déterminer si les formes exigées par le *Statute of Frauds* étaient requises pour la validité du contrat ou pour sa preuve en justice. C'est cette dernière qualification qui fut adoptée en Angleterre dans l'arrêt de principe *Leroux c. Brown* (1).

Par un accord verbal, conclu à Calais, le défendeur s'était engagé à embaucher le demandeur pour une durée supérieure à une année. Il ne tint pas son engagement, et, poursuivi devant les tribunaux anglais, opposa la nullité du contrat conclu à Calais, motif pris de ce qu'il devait être passé par écrit, en vertu du *Statute of Frauds*.

Le problème de qualification qui se posait, était celui de savoir si la formalité établie par le *Statute of Frauds* devait être considérée comme une formalité extrinsèque requise pour la validité du contrat, ou comme une forme probante nécessaire pour la preuve du contrat en justice. Avec la première qualification, le droit français était applicable comme loi locale du contrat en vertu de la règle *locus regit actum*, avec la seconde, au contraire, c'est le droit anglais qui devait être appliqué, comme *lex fori*. C'est cette seconde

(1) (1852) 12 C. B. 801, longuement analysé et discuté dans CHESHIRE, *op. cit.*, p. 532-533.

qualification qui fut adoptée par le juge Jervis, qui déclara :
« J'estime que la disposition du *Statute of Frauds* ne concerne pas les formes extrinsèques du contrat, mais la procédure, et que dès lors aucune action ne peut être maintenue sur la base de ce contrat. »

La solution de l'arrêt *Leroux c. Brown* a fait l'objet de critiques, tant en jurisprudence (1) qu'en doctrine (2). Elle représente cependant encore la solution du droit positif en Angleterre, par suite du grand attachement des juges anglais aux précédents. Il est permis d'espérer qu'elle sera abandonnée.

(1) Cf. les critiques formulées contre cette décision par le juge WILLES dans l'arrêt *Williams c. Wheeler* (1860) 8 C. B. (N. S.) 299, (316) et *Gibson c. Holland* (1865) L. R. 1 C. P. 1, (8).

(2) C'est ainsi que M. CHESHIRE critique cette décision (*op. cité*, p. 533), en déclarant qu'elle « est en contradiction avec le principe fondamental du droit anglais de la reconnaissance des droits acquis ».

TROISIEME PARTIE

LA SUBSTANCE DU CONTRAT **(Conditions de fond et effets)**

TITRE PREMIER

LE DROIT AMÉRICAIN

Le problème de la loi compétente pour déterminer la substance du contrat, c'est-à-dire ses conditions de fond et ses effets, demeure en droit américain extrêmement obscur. On peut vraiment dire avec M. Beale (1), « qu'il n'y a pas de question du droit international privé qui soit dans un état aussi confus. »

Cette situation résulte de la complexité de la matière (2), et se reflète, tant dans la diversité des systèmes de la doctrine, qui seront étudiés dans un premier chapitre, que dans l'incertitude des solutions de la jurisprudence, que nous analyserons dans un second chapitre.

(1) BEALE, *Treatise* (1935), p. 1077.

(2) MM. CHEATHAM, DOWLING et GOODRICH dans leur récent « *Case Book* », relatif à la Jurisprudence américaine en matière de conflit des lois, nous indiquent quatre facteurs qui contribuent à rendre cette matière complexe : 1° La diversité des questions au sujet desquelles le conflit des lois peut se présenter ; 2° Le grand nombre et la dispersion des éléments de rattachement du contrat ; 3° L'extrême variété des différents contrats, les uns par rapport aux autres ; 4° L'incertitude de la terminologie et la manière ambiguë dont sont formulés les principes. (Cf. CHEATHAM, DOWLING and GOODRICH, *Cases and other materials on conflict of laws* (1936), p. 516).

CHAPITRE PREMIER

LES SYSTÈMES DE LA DOCTRINE

Le point de départ de la doctrine américaine en matière de droit international privé, doit être recherché dans le traité de Story dont la première édition remonte à 1834. Aussi est-ce par l'examen du Système de Story, qu'il importe de commencer ces études de la doctrine américaine. Nous nous tournerons ensuite vers les systèmes de deux grands auteurs modernes : le système du Professeur Beale, de Harvard, qui a été adopté dans le *restatement* de droit international privé, et celui du Professeur Lorenzen de Yale. Ces deux systèmes représentent en effet les deux grands courants de la pensée juridique contemporaine, aux Etats-Unis, et on y trouve exposé les deux principales méthodes concevables pour résoudre le conflit des lois en matière d'obligations contractuelles (1).

(1) Il est vrai que l'on a récemment suggéré (cf. CHEATHAM, DOWLING and GOODRICH: « *Cases and other materials on Conflict of laws* (1936), p. 516) que cinq systèmes étaient concevables pour résoudre le conflit des lois en matière d'obligations contractuelles :

- 1° L'application rigoureuse du principe du territorialisme ;
- 2° L'application de la loi qui fait produire le plus d'effets au contrat ;
- 3° L'application du principe de l'autonomie de la volonté ;
- 4° La recherche des intérêts en présence et l'application de la loi qui permet d'en satisfaire le plus grand nombre ;
- 5° Le système de la loi propre du contrat.

Cette énumération correspond en effet bien aux différents systèmes pos-

SECTION I

LE SYSTÈME DE STORY

Juge à la Cour Suprême des Etats-Unis, professeur à l'Ecole de droit de Harvard, Story est l'auteur du premier traité systématique de droit international privé écrit en langue anglaise (1). Dans cet ouvrage se trouve dégagée une doctrine d'un caractère vraiment international « International Jurisprudence », qui est le résultat d'une synthèse magistrale des œuvres des auteurs de notre Ancien droit, que Story connaissait dès la première édition de son traité, grâce à la publication en langue anglaise de l'ouvrage de Livermore (2) contenant un exposé analytique des doctrines de nos anciens auteurs. Story adopta dans ses « Commentaries », les principes qui lui semblaient rallier la majorité des auteurs, et notamment le principe du

sibles, qui ont chacun des partisans aux Etats-Unis.

Mais à y regarder de plus près, on s'aperçoit qu'en réalité tous ces systèmes peuvent se réduire à une opposition entre deux méthodes fondamentalement différentes : une méthode systématique, basée sur une application rigoureuse de la doctrine traditionnelle de la territorialité des lois, c'est la méthode de l'*Ecole de Harvard*, la première méthode indiquée dans l'énumération, et en second lieu une méthode opportuniste, fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté, c'est la méthode de l'*Ecole de Yale* que l'on retrouve dans les quatre autres systèmes précédemment énumérés, bien que dans des formes qui varient quelque peu.

(1) STORY, *Commentaries on the Conflict of laws* (1834).

(2) LIVERMORE, éminent avocat à la Nouvelle-Orléans, publia en 1828 un ouvrage intitulé : *Dissertations on the questions which arise from the contrariety of the positive laws of different states and nations*, où se trouvent discutées les principales théories des statutistes français et hollandais.

territorialisme qu'il place comme pierre angulaire à la base de sa doctrine (1).

En matière de contrats, Story adopte le système de la *lex loci solutionis* comme règle supplétive de volonté, bien qu'à lire superficiellement son traité, l'on puisse penser que c'est plutôt la *lex loci contractus*, qui se trouve consacrée. L'auteur commence en effet par poser comme une règle générale (2), le principe de compétence de la *lex loci contractus*, et ce n'est qu'une trentaine de pages plus loin, qu'il explique que cette règle n'est applicable que lorsque le contrat doit être exécuté dans l'Etat où il a été conclu, mais que s'il est exécutable ailleurs, il importe de modifier la règle générale, en faveur de la loi du lieu d'exécution, conformément à l'intention présumée des parties (3).

Cette méthode d'exposition a été justement critiquée, comme prêtant à confusion (4). En fait, en invoquant l'autorité de Story certains arrêts ont déclaré applicable la loi du lieu de conclusion et d'autres la loi du lieu d'exécution (5), alors que bien évidemment le système de Story

(1) STORY, *Commentaries* par. 18. Il emprunta également aux Statutaires hollandais la notion de « *Comity* », ou courtoisie internationale (cf. STORY, *op. cité*, par. 29, note 2) et la règle *mobilia sequuntur personam*, qu'il justifie par son universalité, qui fait qu'on peut la considérer comme « faisant partie du *jus gentium* ».

(2) STORY, *op. cité supra*, § 242.

(3) STORY, *op. cité supra*, § 280.

(4) BEALE, *Treatise*, p. 1077.

(5) C'est l'influence de STORY qui explique la coexistence de la jurisprudence de deux systèmes exclusifs l'un de l'autre : le système de la *lex loci contractus* et le système de la *lex loci solutionis*. Cf. sur ce point *infra* pp. 143 et s.

est en faveur de la *lex loci solutionis* et que la règle générale ne peut viser que le conflit éventuel entre la *lex fori* et la *lex loci solutionis*.

Le système de Story a influencé profondément la jurisprudence, jusque dans ses arrêts les plus récents (1). L'influence de sa doctrine s'est étendue non seulement en Angleterre, où il est constamment cité par Dicey et Westlake, mais aussi en France. Foelix (2) et Mailher de Chasat (3), y sont ses continuateurs directs.

Aux Etats-Unis, une absence à peu près totale d'ouvrages doctrinaux (4) fait suite aux « Commentaires » de Story, et l'étude de cette question n'est effectivement reprise qu'au *xx*^e siècle, par la doctrine contemporaine. Dans celle-ci, deux tendances doivent retenir particulièrement notre attention : celle du Professeur Beale de Harvard et celle du Professeur Lorenzen de Yale.

(1) Cf. notamment l'arrêt *Dein's Adm'r c. Gibbs et al.*, 275 Ky. 469 (1935), que nous avons analysé au *Clunet* 1935, p. 1007, en indiquant comment le raisonnement de la Cour avait été influencé par les maximes de STORY.

(2) *Traité de droit international privé* (1843).

(3) *Traité des Statuts* (1845).

(4) On peut cependant signaler le traité de WHARTON, dont la première édition remonte à 1872 (WHARTON, *A Treatise on the conflict of laws or private international law*), et le manuel de MINOR, paru en 1901 (MINOR, *Conflict of laws, or private international law*), dont une seconde édition est actuellement en préparation.

SECTION II

LE SYSTÈME DU PROFESSEUR BEALE

(adopté dans le Restatement du droit international privé)

Le Professeur Beale, de Harvard, est la plus haute autorité aux Etats-Unis en matière de droit international privé (1). Sa doctrine se trouve exposée d'abord dans un précis paru en 1904, qui en donne les principes directeurs (2), ensuite et surtout dans un traité monumental, paru en 1935 (3). Elle est d'une importance toute particulière dans le développement du droit international privé américain, puisqu'elle a été adoptée dans le Restatement, dont M. Beale était le rapporteur.

Tandis que Story avait pris comme point de départ de sa doctrine les principes qui lui paraissaient consacrés dans le plus grand nombre de pays, M. Beale s'attache au contraire à dégager une doctrine américaine du droit international privé, basée sur les principes les mieux adaptés aux conditions géographiques des Etats-Unis. C'est qu'en effet M. Beale s'attache à souligner le caractère natio-

(1) Cf. notre étude: « *L'œuvre du Professeur Beale de Harvard* », *Revue critique de droit international*, 1936, p. 86 et s.

(2) BEALE, « *Summary of the Conflict of laws* » (1904). Réédité, avec quelques légères modifications en 1935, à l'occasion de la publication du grand *Traité* de M. BEALE, ce précis a été traduit dans la *Revue critique de droit international*. Cf. J. H. BEALE, « *Les principes directeurs de la doctrine du Conflit des lois* ». *Rev. crit. droit intern.* 1937, p. 1 et s. et p. 393 et s. (Traduction de J. REISS).

(3) Cf. notre compte-rendu de cet ouvrage au *Clunet* 1936, p. 758.

nal du droit international privé, qu'il considère comme une branche particulière du droit de chaque pays (1).

Avec un pareil point de départ, M. Beale est tout naturellement conduit à s'écarter quelque peu de la doctrine de Story. C'est ainsi qu'il rejette certains des principes que Story avait accueillis, notamment celui de l'autonomie de la volonté (2) en matière contractuelle, consacré chez Story par le système de la *lex loci solutionis*, comme règle supplétive de volonté (3). M. Beale, adversaire acharné du principe de l'autonomie de la volonté tend par une argumentation serrée au rejet de ce principe.

Il fait tout d'abord remarquer que la doctrine de l'autonomie de la volonté est en contradiction avec le principe, que « c'est la loi qui crée des droits et non la volonté des parties ». Reconnaître aux parties le droit de choisir la loi applicable à leur contrat, c'est consacrer une exception à ce principe qui ne se justifie nullement par les avantages qui en résultent dans le domaine de la pratique. Ce principe ne présenterait pour M. Beale dans ce domaine, que des inconvénients, dont le principal serait d'entraîner dans la détermination de la loi applicable de grandes incertitudes. D'un tribunal à l'autre, la loi déclarée applicable en vertu de l'intention présumée des parties, pourra varier, or une des qualités essentielles que le droit doit présenter, c'est la certitude de ses solutions qui doivent pouvoir être

(1) BEALE, *Treatise*, pp. 51-52. Cf. aussi pp. 1960 et s.

(2) BEALE, *Treatise*, pp. 1080 et s. Il rejette également la notion de Comity comme base du conflit des lois (*Treatise* p. 53) et la règle *Mobilia sequuntur personam* (*Treatise* p. 978).

(3) STORY, *Commentaries*, § 280, cf. *supra* p. 116.

prévues par l'homme de loi lorsqu'il conseille son client.

Un autre argument est présenté par M. Beale contre le principe de l'autonomie de la volonté. La jurisprudence dit-il, en faisant intervenir la notion de bonne foi, restreint singulièrement la portée pratique du principe, puisque le choix des parties est en fait limité à la *lex loci contractus* ou à la *lex loci solutionis*. Il en conclut que c'est là la meilleure condamnation du principe, car s'il se justifiait réellement, il n'y aurait pas de raison de restreindre ainsi le choix des parties.

Ayant ainsi écarté le principe de l'autonomie de la volonté, M. Beale préconise un système fondé sur une application rigoureuse du territorialisme (1). Ce système est particulièrement intéressant à analyser, puisqu'il a été adopté dans le « Restatement » américain de droit international privé (2).

Le système de M. Beale consiste à morceler le contrat, en distinguant d'une part ce qui est relatif à la formation du contrat, et de l'autre ce qui concerne son exécution.

Dans le premier domaine, qui comprend toutes les conditions requises pour la validité du contrat, qu'elles soient des conditions de forme, de capacité, ou de fond, c'est la *lex loci contractus* qui est applicable, en vertu d'une règle obligatoire pour les parties (3), dérivée du principe fon-

(1) Ce système est exposé dans le traité de M. BEALE, p. 1042 et s. Il est également accessible en français, dans la traduction de son précis, publiée dans la *Revue critique de droit international*, 1937, pp. 1 et s., et pp. 393 et s.

(2) Cf. *Restatement of the law of Conflict of laws*, § 332 et § 358.

(3) Cf. BEALE, *Treatise*, pp. 1077 et s.

Voir aussi le *Restatement*, qui au paragraphe 332 au titre général de :

damental du territorialisme. Le contrat étant né dans un certain lieu, c'est la loi de ce lieu qui doit pouvoir régir tout ce qui concerne sa validité. La *lex loci contractus* est compétente pour déterminer la formation du contrat, au même titre que la *lex loci delicti* pour déterminer l'existence d'un délit — M. Beale dégage ainsi le système d'une loi unique pour résoudre les conflits de lois relatifs à la détermination des conditions de validité des contrats (1).

Dans le second domaine, celui de l'exécution du contrat, c'est la *lex loci solutionis* que M. Beale déclare applicable (2), et cela en vertu du même principe qui lui avait fait adopter la *lex loci contractus* pour la formation du con-

« La loi régissant la validité du contrat », déclare applicable la *lex loci contractus*, pour déterminer :

- a) les règles de capacité,
- b) les règles de forme,
- c) le consentement des parties et la considération,
- d) toute autre condition de validité du contrat,
- e) le dol et l'illégalité et toute autre circonstance rendant le contrat nul ou annulable,
- f) sous réserve de l'exécution du contrat, la nature et l'étendue de l'obligation des parties,
- g) les modalités de l'obligation.

(1) Cf. sur tous ces points notre étude : « De l'adoption d'une loi unique pour résoudre les conflits de lois relatifs aux conditions de validité des contrats ». *Clunet* 1935, 803.

(2) Cf. BEALE, *Treatise*, pp. 1259 et s.

Voir aussi le *Restatement* qui au § 358, au titre de : « L'exécution du contrat », déclare applicable la *lex loci solutionis* pour déterminer :

- a) les modes d'exécution,
- b) le moment et le lieu de l'exécution,
- c) la personne ou les personnes par qui ou au profit de qui l'exécution sera conduite,
- d) l'étendue de l'exécution,
- e) les cas d'excuse pour inexécution.

trat : le principe fondamental du territorialisme.

Tel est le système que M. Beale préconise pour résoudre les conflits de loi en matière de contrats. Il a rallié des auteurs éminents, comme le Professeur Goodrich (1) de l'Université de Pennsylvanie, le Professeur Cheatham (2) de l'Université de Columbia, et également certains praticiens (3). C'est qu'en effet sa construction est d'une grande rigueur logique, puisque toutes les solutions découlent d'un principe unique, celui du territorialisme. Il contraste étrangement avec l'état si confus et incertain des solutions de la jurisprudence.

Malgré ses qualités incontestables, le système de M. Beale n'est pas sans présenter certaines faiblesses. En effet le morcellement du contrat préconisé dans ce système, si logi-

(1) Cf. GOODRICH, *Handbook on the Conflict of laws* (1927) p. 229 et s.

(2) M. CHEATHAM, chargé de l'enseignement du droit international privé à l'Université de Columbia et auteur d'un ouvrage récent de droit international privé américain, fréquemment cité au cours de cette étude (*Cases and other materials on Conflict of laws* (1936), en collaboration avec MM. DOWLING et GOODRICH), bien que partisan dans l'ensemble du système de M. BEALE, serait disposé à ne pas reconnaître à la loi du lieu de conclusion une application aussi large que celle que M. BEALE préconise. (Nous tenons cette indication d'une correspondance que nous avons eu l'honneur d'échanger avec cet éminent professeur).

(3) M. GREENE, du barreau de New-York, adopte lui aussi, d'une manière générale, le système de M. BEALE dans l'étude qu'il a consacrée au conflit des lois en matière de contrats dans la jurisprudence de l'Etat de New-York. Cf. GREENE, « *The New-York rule as to the law governing the validity of Contracts* », 12 Corn. L. Q., pp. 286 et s. Voir l'analyse de son système dans : JEANPRÊTRE, « *Les Conflits de lois en matière d'obligations contractuelles, selon la jurisprudence et la doctrine aux Etats-Unis* » (1936), p. 123.

que et séduisant qu'il puisse paraître, se heurte d'un point de vue pratique à de gros obstacles, résultant de ce que la délimitation du domaine respectif de la *lex loci contractus* et de la *lex loci solutionis* est à peu près impossible à faire d'une manière précise.

M. Beale semble d'ailleurs l'admettre, lorsqu'il écrit que la détermination du domaine respectif de ces deux lois « est l'une des tâches les plus difficiles que doit affronter celui qui étudie ce chapitre du droit international privé, car la ligne de démarcation entre la formation du contrat et son exécution, ne peut être fixée par aucune règle juridique, comme toute question d'appréciation, elle doit dépendre des circonstances particulières de chaque cas, et être déterminée par le Juge avec un certain pouvoir d'appréciation » (1).

De l'aveu même de M. Beale, son système ne présente donc pas la qualité que cet auteur considère comme étant la plus importante pour un système juridique : la sûreté dans l'application (2). N'est-ce pas là un peu sa condamnation ?

Ce n'est pas l'avis de M. Goodrich, disciple fervent de M. Beale. Cet éminent professeur écrit, en effet, « qu'on ne saurait rejeter une règle, sous prétexte qu'il est diffi-

(1) Cf. BEALE, *Treatise*, p. 1199.

(2) Cf. BEALE, *Treatise*, p. 48. Le manque de sûreté du système de M. BEALE, ne résulte pas seulement des difficultés que présente la délimitation du domaine respectif de la *lex loci contractus* et de la *lex loci solutionis*, mais encore des délicats problèmes de qualification que soulèvent la détermination du *locus contractus* dans les contrats par correspondance et du *locus solutionis* dans les contrats dont l'exécution se poursuit à travers plusieurs Etats.

cile de l'appliquer dans certains cas, si elle paraît satisfaisante à tous les autres points de vue » (1).

Cette remarque est fort juste, mais s'applique-t-elle vraiment au système de M. Beale ? Nous ne le pensons pas, car ce n'est pas seulement par les difficultés d'ordre pratique qu'il soulève, que le système prête à la critique, c'est encore sur le terrain des conceptions juridiques. En prétendant morceler le contrat, M. Beale semble méconnaître son caractère indivisible et le fait que son exécution est une partie inhérente à sa substance. Il eut été possible tout en restant fidèle au territorialisme, qu'il paraît difficile d'abandonner aux Etats-Unis étant donné le caractère interétatique des conflits de lois, d'éviter le morcellement du contrat, en considérant celui-ci comme un tout et en lui appliquant la loi du lieu où il peut être le mieux localisé.

Ces diverses objections n'ont pas passé inaperçues aux Etats-Unis, où le système de M. Beale a été vivement critiqué par un groupe d'auteurs, parmi lesquels le nom le plus illustre est celui du professeur Lorenzen de Yale (2). C'est son système que nous allons maintenant examiner.

(1) GOODRICH, *Handbook on the conflict of laws*, p. 246.

(2) Voir les critiques de l'Ecole de Yale dans notre étude intitulée : « L'œuvre du Professeur Beale de Harvard. *Rev. crit. droit intern.* 1936, p. 86 à p. 96-97.

Cette Ecole, dont les principaux représentants sont les Professeurs LORENZEN, COOK, HEILMAN, CAVERS, STUMBERG et MCCLINTOCK a critiqué les idées de M. BEALE dans une série d'articles et de comptes-rendus, soit du *Restatement américain de droit international privé*, soit du traité de M. BEALE. (Cf. notamment, LORENZEN, *Territoriality, public policy and the conflict of laws*, 35 *Yale L. J.*, 736 (1924) et du même auteur

SECTION III

LE SYSTÈME DU PROFESSEUR LORENZEN

M. Lorenzen oppose à la méthode systématique de M. Beale, qui déduit toutes ses solutions d'un principe unique, celui du territorialisme, une méthode plus opportuniste et tenant même compte des nécessités du commerce privé international (1). Au lieu de s'attacher à dégager ce que

en collaboration avec M. HEILMAN, *The Restatement of the conflict of laws*, 83 *U. Pa. L. Rev.* 555 (1935). COOK, *The logical and legal basis of the conflict of laws*, 33 *Yale L. J.* 45 (1924). Voy. aussi le compte-rendu que cet auteur a publié sur le traité de M. BEALE, dans la *Revue juridique de Columbia*, 35 *Col. L. Rev.* 1154 (1935); HEILMAN, *Judicial method and the conflict of laws*, 42 *Yale Law Journal*, 1082 (1934); CAVERS, *A critique of the choice of law problem*, 47 *Harv. Law Rev.* 173 (1933) et le compte-rendu critique que cet auteur a consacré au Restatement dans le *Yale Law Journal*, 44 *Yale L. J.* 1478 (1936); STUMBERG, *Conflict of laws, validity of contracts. Texas decisions*, 10. *Tex. L. Rev.* 173 et s. (1930). Ce dernier auteur vient de publier en 1937 un manuel de droit international privé. (Cf. STUMBERG, *Principles of conflicts of laws* [1937]), d'un grand intérêt car il représente la première contribution de l'Ecole de Yale dépassant le cadre d'un article et couvrant l'ensemble du droit international privé. Il a été l'objet de nombreux comptes-rendus. (Cf. notamment les comptes-rendus publiés par les auteurs suivants: CAVERS (50 *Harv. L. Rev.* 1219 et s. [1937]); LORENZEN (46 *Yale L. J.* 1441 et s. [1937]) et RHEINSTEIN (32 *Ill. L. Rev.* 515 [1937]); MCCLINTOCK, *Conflict of laws as to contracts. Minnesota decisions* (1926) 10 *Minn. L. Rev.* 498 et s. Voy. aussi, du même auteur: *Conflict of laws as to contracts. The restatement and Minnesota decisions compared* (1929) 13 *Minn. L. Rev.* 538.

(1) Cette opposition entre la méthode du Professeur BEALE et celle du Professeur LORENZEN a été brillamment exposée par M. WIGNY. (Cf. WIGNY, « *Essai sur le droit international privé américain* » (1932), p. 44 et s.

la Jurisprudence devrait faire, M. Lorenzen cherche à découvrir ce qu'elle fait.

Avec une méthode aussi différente de celle de M. Beale, on comprend que M. Lorenzen n'ait pu accepter de collaborer à la codification du droit international privé et qu'il ait cru devoir entreprendre une critique du « Restatement » de droit international privé (1). Cet auteur reproche au système qui s'y trouve consacré (et qui n'est autre que celui de M. Beale) de conduire à des résultats peu en harmonie avec les nécessités pratiques.

Ses principales critiques sont orientées contre les solutions admises pour résoudre le conflit des lois en matière de contrats (2). M. Lorenzen indique en effet que deux méthodes sont possibles pour résoudre ce genre de conflit. On peut s'efforcer d'isoler un élément de rattachement, comme le lieu de formation du contrat ou son lieu d'exécution, et en dégager une règle de compétence applicable à tous les contrats. On peut, au contraire, repousser tout principe à priori et tenir compte de tous les éléments et circonstances ayant entouré la passation du contrat, en recherchant la loi propre pour chaque type de contrat, voir même pour chaque contrat.

C'est la première méthode que suit M. Beale, elle conduit nécessairement au morcellement du contrat, entre, d'une part, les conditions de fond rattachées à *lex loci contrac-*

(1) Cf. l'étude critique de MM. LORENZEN et HEILMAN sur le *Restatement de droit international privé*. (Cf. LORENZEN and HEILMAN, *The Restatement of the Conflict of Laws* [1935] 83 *U. Pa. L. Rev.* 555).

(2) « Ce chapitre, écrit-il, qui est l'un des plus importants du droit international privé, est probablement celui qui est traité de la manière la moins satisfaisante ». Article cité, note *supra*, p. 573).

tus, et de l'autre tout ce qui concerne les effets du contrat qui dépend de la *lex loci solutionis*.

M. Lorenzen la critique vivement, comme conduisant « à des résultats absurdes, indésirables et contradictoires, du fait de la diversité des règles de droit interne susceptible d'être appliquées aux divers éléments d'un même contrat » (1). Il préfère la seconde méthode qui consiste à rechercher la loi propre à chaque catégorie de contrats, sans accepter aucune règle générale de rattachement.

Malgré ces critiques contre tout système de règles générales, M. Lorenzen a cependant, lui aussi, imaginé un système général de solutions des conflits de lois en matière de contrats (2).

A la différence de M. Beale, il reconnaît aux parties une certaine liberté dans la détermination de la loi du contrat. Il considère en effet que le principe de l'autonomie de la volonté présente certains avantages pratiques, notamment la souplesse des solutions. Il propose, en conséquence, de laisser aux parties une pleine liberté dans la détermination de la loi applicable aux effets du contrat. Les parties devraient pouvoir, en ce domaine, choisir n'importe quelle loi, même celle d'un pays qui n'aurait aucun rapport avec le contrat. Lorsque les parties n'ont pas exercé la faculté qui leur est ainsi reconnue, M. Lorenzen préconise une règle supplétive : la *lex loci solutionis*.

Mais lorsqu'au contraire, il s'agit de déterminer non plus

(1) LORENZEN et HEILMAN, article cité, note *supra*, p. 474.

(2) Ce système est exposé dans un article intitulé : « *Validity and effects of contracts in the conflict of laws* » (1921) 30 *Yale L. J.* 545 ; 31 *Yale L. J.* 53.

les effets du contrat, mais sa validité, M. Lorenzen estime qu'il est nécessaire d'écarter le principe de l'autonomie de la volonté, qui deviendrait en pareil cas indéfendable et de recourir à une règle fixe. Examinant alors quelle loi il conviendrait d'appliquer, cet auteur commence par écarter un à un les différents systèmes concevables : système de la *lex loci contractus* ou de la *lex loci solutionis* comme étant arbitraires et artificiels, système de la loi du pays auquel le contrat est le plus étroitement rattaché, comme étant trop incertain... Il indique alors que le seul système paraissant remplir à la fois, les conditions de souplesse et de certitude que requiert ce genre de conflit de lois, serait celui qui donnerait dans chaque cas la préférence à la loi qui valide le contrat. Il est dès lors amené à poser la règle « que la validité intrinsèque d'un contrat doit être reconnue, si les exigences de la loi d'un des Etats avec lesquels le contrat à un rapport substantiel (*substantial connection*) sont satisfaites » (1).

A ce principe M. Lorenzen croit cependant nécessaire d'apporter deux exceptions. Il déclare en effet qu'un « contrat doit être tenu pour nul en tout état de cause, 1° si sa conclusion est contraire à l'ordre public du lieu de conclusion, 2° si son exécution est contraire à l'ordre public du lieu d'exécution (2) ».

Tel est le système que M. Lorenzen préconise pour résoudre le conflit des lois en matière de contrats. Il a été critiqué par un auteur récent, qui lui a reproché de man-

(1) Cf. LORENZEN, article cité *supra*, p. 673.

(2) Voy. pour l'application de cette exception par la jurisprudence, *infra* pp. 163 et s.

quer de certitude dans son application et d'être artificiel (1).

Ces critiques nous paraissent assez peu fondées. Tout système présente nécessairement une certaine incertitude dans son application et une certaine artificialité. Ces inconvénients semblent réduits au minimum dans le système de M. Lorenzen (2) qui paraît, par contre, offrir le grand avantage de s'appuyer sur des considérations d'intention et d'utilité qui doivent toujours être retenues dans la détermination de la loi du contrat (3).

La doctrine de M. Lorenzen a exercé une grande influence aux Etats-Unis, puisqu'autour d'elle s'est groupée tout une Ecole de droit international privé : l'Ecole de Yale (4). Dans l'étude de la jurisprudence à laquelle nous allons maintenant nous attacher, nous verrons que les arrêts, bien qu'empruntant des voies diverses, aboutissent le plus souvent aux résultats que préconise M. Lorenzen.

(1) JEANPRÊTRE, *Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles, selon la Jurisprudence et la doctrine aux Etats-Unis* (1936), p. 118.

(2) Le système d'application de la loi qui valide, n'est en effet ni incertain, ni artificiel. Il constitue un critérium relativement sûr dans son application et qui a été souvent suivi dans les arrêts, même si ceux-ci ne le font pas toujours ressortir, *expressis verbis*. Quant à la notion de « rapport substantiel » (*substantial connection*), elle est assurément assez imprécise, mais correspond à la souplesse des solutions de la jurisprudence, dominées en cette matière par des considérations d'intention et d'utilité et par le souci de satisfaire aux exigences du commerce international. Cf. *infra* pp. 145 et s.

(3) Cf. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 3^e éd., p. 279, n° 250.

(4) Nous avons indiqué ci-dessus (*supra*, pp. 124-125, note 2) quels étaient les principaux représentants de cette Ecole et quelle a été leur contribution au développement du droit international privé américain.

CHAPITRE II

LES SOLUTIONS DE LA JURISPRUDENCE

On trouve dans la Jurisprudence américaine une certaine tendance à distinguer du point de vue de la loi applicable, ce qui concerne la formation du contrat et ce qui est relatif à son exécution. Cela ressort notamment du fameux arrêt *Scudder c. Union National Bank* (1) rendu à propos des conflits de lois relatifs aux conditions de forme des contrats, et où la Cour Suprême des Etats-Unis déclare :

« Tout ce qui concerne la conclusion, l'interprétation et la validité d'un contrat, est déterminé par la loi du lieu où le contrat est passé. Ce qui est relatif à l'exécution du contrat, est régi par la loi du lieu où le contrat doit être exécuté ».

C'est la doctrine de M. Beale et du « Restatement » américain (2), qui consiste à morceler le contrat entre la *lex loci contractus* et la *lex loci solutionis*. On la trouve fréquemment invoquée dans les arrêts. C'est ainsi qu'elle est de nouveau rappelée par la Cour d'appel de Californie dans un arrêt *Flittner c. Equitable Life Assurance Society* (3) où

(1) 91 U. S. 406 (1875).

(2) Cf. *supra* pp. 118 et s.

(3) 30 Cal. App. 209 (1916). Cf. également *Brown c. Ford Motor Co.*, 48 Fed. (2 d.), 732 (1931).

il est dit : « que si en règle générale, la loi du lieu d'exécution détermine les effets du contrat, c'est la loi du lieu où le contrat est passé qui régit les conditions relatives à la formation et à validité du contrat, notamment quant à la capacité des contractants. »

A s'en tenir au seul texte de ces arrêts, l'on pourrait croire que le système de M. Beale et du Restatement est aussi celui du droit positif. En réalité il n'en est rien, car les affirmations de principe des arrêts *Scudder c. Union National Bank* et *Flittner c. Equitable Life Assurance Co* sont des *dicta obiter causa* tout au moins, en ce qui concerne l'exécution du contrat, le conflit des lois se présentant, dans ces arrêts sur le terrain de la loi applicable à la validité du contrat. En réalité la jurisprudence américaine n'offre aucun exemple d'arrêts ayant positivement morcelé le contrat, en appliquant à une même transaction deux lois différentes : la *lex loci contractus* pour déterminer sa validité, la *lex loci solutionis* pour connaître ses effets. Sauf certaines restrictions d'un caractère nettement limité que nous indiquerons plus loin, c'est la même loi qui est applicable en ces deux domaines. Mais quelle est cette loi ?

Sur ce point la Jurisprudence paraît extraordinairement incertaine. M. Goodrich (1) la présente comme étant divisée entre trois systèmes : le système de la *lex loci contractus*, le système de la *lex loci solutionis* et le système de l'autonomie de la volonté (2).

(1) GOODRICH, *Handbook on the Conflict of laws* (1927), p. 228 ; Voir dans le même sens : BEALE, *Treatise*, pp. 1077 et s.

(2) Un auteur récent, M. JEANPRÉTRE, a même suggéré que les arrêts

En réalité, et bien qu'à s'en tenir au seul texte des arrêts on puisse parfois croire le contraire, la loi du lieu de conclusion, de même que celle du lieu d'exécution, n'est appliquée qu'à titre de loi choisie par les parties. C'est ce que M. Jeanprêtre semble avoir aperçu pour la loi du lieu d'exécution, quand il écrit : « lorsqu'une cour américaine applique la loi du lieu d'exécution, cette application est toujours en rapport plus ou moins direct avec l'intention des parties » (1).

Mais ce même auteur n'admet pas que la loi du lieu de conclusion ne puisse intervenir qu'à titre de loi choisie par les parties. Il considère que cette loi peut être souvent « appliquée comme provenant d'une conception juridique propre et ne procédant en aucune façon d'un respect plus ou moins conscient des juges pour la volonté des parties » (2).

C'est bien là ce que donnerait à croire une lecture un peu superficielle de certains arrêts, où on trouve affirmé en des termes très généraux que la loi du lieu de conclusion détermine tout ce qui concerne la formation du contrat. Il semblerait que cette loi fut appliquée comme une conséquence du territorialisme. En réalité il n'en est rien. C'est comme loi que les parties sont présumées avoir choisie,

attachés au système de l'autonomie de la volonté pouvaient être répartis en trois groupes, suivant qu'ils admettent une présomption de volonté en faveur de la *lex loci contractus*, de la *lex loci solutionis* ou de la loi qui valide. (Cf. JEANPRÊTRE, *Les Conflits de lois en matière d'obligations contractuelles, selon la Jurisprudence et la Doctrine aux Etats-Unis* (1936), pp. 65 et s.).

(1) JEANPRÊTRE, *op. cité, supra* p. 78.

(2) JEANPRÊTRE, *op. cité, supra* p. 78.

que la *lex loci contractus* est appelée à régir le contrat et les arrêts sous-entendent toujours l'absence d'une référence expresse ou tacite à la *lex loci solutionis* (1).

Ainsi la Jurisprudence n'a pas adopté le système du Restatement (2), en vertu duquel le contrat doit être morcelé entre deux lois obligatoirement applicables pour les parties : la *lex loci contractus* pour tout ce qui concerne la formation du contrat, la *lex loci solutionis* pour tout ce qui est relatif à son exécution. Ces deux lois sont appliquées tour à tour dans les arrêts, mais seulement, à titre supplétif et ceci aussi bien dans le domaine des règles impératives en droit interne qu'en présence de règles facultatives. Les juges américains ne connaissent pas en effet cette distinction, qui, nous l'avons vu, n'est pas davantage mentionnée par les auteurs (3). C'est donc en définitive le principe de l'autonomie de la volonté que consacre

(1) L'arrêt *Carnegie c. Morrison*, 2 Metc. 381 (1841) est particulièrement frappant à cet égard. M. BEALE le cite en faveur de son système de la loi du lieu de conclusion et l'arrêt contient, en effet, cette affirmation de principe que « suivant la règle générale, c'est certainement la *lex loci contractus* qui détermine la nature et la valeur juridique de l'acte que l'on passe, que cette loi détermine si cet acte constitue un contrat ainsi que la nature, la validité et les effets de ce contrat, qu'elle fournit enfin la règle de construction et d'interprétation de la convention ». Mais à la fin de l'arrêt, on trouve cette remarque qui fait bien apparaître que la loi du lieu de conclusion n'est appliquée qu'à titre de règle supplétive : « il n'y a, dans ce contrat, aucune référence expresse ou tacite au droit anglais qui puisse faire présumer que les parties ont entendu soumettre leur contrat à ce droit ».

(2) Cf. *Restatement*, § 332 et § 358. Voy. notre analyse de ce système qui est celui du Professeur BEALE, *supra* pp. 118 et s.

(3) Si cette controverse qui a fait couler tant d'encre en France, a passé presque inaperçue aux États-Unis comme d'ailleurs en Angleterre,

la jurisprudence, même si ce n'est pas là, comme le soulignent certains arrêts (1), le système le plus logique.

Nous allons rechercher comment ce principe a été appliqué dans les deux hypothèses susceptibles de se présenter : celle où les parties ont manifesté leur volonté quant à la loi devant régir leur contrat et celle beaucoup plus fréquente, où les parties n'ont pas manifesté leur volonté à cet égard. Il nous restera alors à examiner les limites qui peuvent exister à l'application de la loi du contrat ainsi déterminée.

SECTION I

LA DETERMINATION DE LA LOI DU CONTRAT LORSQUE LES PARTIES ONT MANIFESTÉ LEUR VOLONTÉ

Il est très rare que les parties au moment de la conclusion du contrat, se préoccupent de choisir la loi à laquelle elles entendent se soumettre. Quand elles le font, expressément ou tacitement, leur volonté reçoit chez nous l'effet le plus complet quelle que soit la loi que les parties ont

cela s'explique en grande partie par le fait que le choix des parties est, comme nous allons le voir, limité dans ces deux pays, à la différence de ce qui se passe en France, par les éléments objectifs du contrat, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir la théorie des lois obligatoires.

(1) « Il se peut, déclare la Cour Suprême du Mississippi, que le système de la *lex loci contractus* soit plus logique..., il semblerait qu'il faille appliquer d'une manière rigide et sans tenir compte de l'intention des parties, soit la *lex loci contractus*, soit la *lex loci solutionis*; mais le système de l'autonomie de la volonté est trop fermement établi dans l'histoire juridique de cet Etat, pour être abandonné par la jurisprudence ». (Cf. *Greenlee c. Hardin*, 157 Miss. 229 (1930), rapporté dans CHEATAM, DOWLING and GOODRICH, *Cases and other materials on Conflict of laws*, 1936, pp. 477 et s.).

choisie (1). Il n'en est pas de même aux Etats-Unis, où des limites sérieuses sont apportées au libre choix des parties.

Nous avons vu, en étudiant les systèmes de la doctrine, comment certains auteurs refusent de reconnaître aux parties, le droit de déterminer la loi devant régir leur contrat (2). La jurisprudence n'a pas admis cette solution. Elle reconnaît aux parties la faculté de choisir la loi applicable à leur contrat, mais limite leur choix à une loi ayant un rapport sérieux avec celui-ci, c'est-à-dire le plus souvent à la *lex loci contractus* ou à la *lex loci solutionis*.

Ce système de la jurisprudence trouve son fondement dans le principe que le choix des parties ne doit pas pouvoir aller contre la nature des choses (3). Il s'est développé sous l'influence de l'institution du jury, qui tend à détourner le droit anglo-américain de toute recherche psychologique (4), en augmentant son caractère objectif (5).

(1) Voir ce point, *infra* pp. 234 et s., le parallèle entre les droits américain et anglais et le droit français dans le Livre II.

(2) Notamment M. BEALE, cf. son système *supra* pp. 118 et s.

(3) Ce principe est notamment dégagé par M. CHESHIRE. Cf. le passage de son ouvrage rapporté *infra* pp. 174 et s., à propos de l'étude du droit anglais.

(4) Le jury étant en effet incapable de cette recherche psychologique, les juges y sont hostiles. Voy. ce que déclare à ce sujet, le juge anglais BRIAN dans une décision du XIV^e siècle, dont le passage le plus caractéristique est reproduit dans l'examen du droit anglais, *infra* p. 171, note 1.

(5) M. STRAUSS décrit le caractère objectif du droit anglais dans les termes suivants, applicables en tous points au droit américain: « Ici... nous constatons sans cesse la primauté de l'action sur l'intention, du corps sur l'esprit, de la matière sur l'idée ». Cf. STRAUSS, *L'esprit du contrat en droit anglais*, Thèse, Paris 1931, p. 14.

Ce caractère objectif du droit américain rayonne sur toutes les institutions juridiques. C'est ainsi que le droit américain oppose une concep-

La jurisprudence a fréquemment consacré cette limitation à la liberté des parties dans le choix de la loi appelée à régir le contrat. C'est ainsi qu'il a été jugé dans un arrêt *Adams c. Robertson* (1), que demeure sans effet une référence expresse à la législation d'un Etat où le contrat n'a été ni conclu ni exécuté. L'existence de cette limitation est bien établie dans le passage suivant de l'arrêt : « Les lois du pays où le contrat est passé s'imposent aux parties...

Les lois de tous les pays permettent aux parties d'assumer des obligations en se référant aux lois du pays où ces obligations doivent être exécutées... Le droit de passer des contrats en se référant aux lois d'un autre pays, est accordé par les Etats pour la commodité de ceux qui font des transactions d'affaires dans les limites de leurs territoires respectifs, pour leur permettre d'obtenir les mêmes droits qu'ils se seraient assurés dans le pays où le contrat doit s'exécuter, par une exacte observation de ses lois. On

tion objective du contrat, à notre conception psychologique et subjective. (Voir sur ce point : LÉVY-ULLMANN, *Cours de droit civil approfondi* (docteurat), 1927-28, pp. 11 et s. ; MADRAY, *Des contrats d'après la récente codification faite aux Etats-Unis* (1936), p. 201 ; COHEN, *Des contrats par correspondance, en droit français, en droit anglais et en droit américain*, Thèse, Paris 1921).

Cette conception objective du contrat est poussée très loin par certains juristes américains, qui ont été jusqu'à vouloir parler de contrats où la volonté des contractants est un élément indifférent. (« *No meeting of the mind contracts* »). Cf. en ce sens : LÉVY-ULLMANN, « *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais* », *Annales de droit commercial*, 1920-1921, pp. 279 et s. ; 1922, pp. 41 et s. Voy. le passage cité dans *Annales*, 1920-1921, p. 281. Pour la comparaison de cette conception objective avec notre conception subjective et psychologique, cf. le Livre II, *infra* pp. 236 et s.

(1) 37 Ill. 45 (1865).

ne peut équitablement exiger d'aucune nation qu'elle permette à des personnes soumises à ses lois, de conclure des contrats, sans se référer soit à ses propres lois, soit à celles du pays où le contrat doit s'exécuter ».

Ce passage fait ressortir le rôle effacé que joue la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable au contrat. Les lois sous l'empire desquelles le contrat est conclu et exécuté, sont obligatoires pour les contractants qui voient leur choix limité à l'une d'entre elles.

Lorsque le début de l'exécution du contrat doit avoir lieu dans l'Etat où le contrat a été conclu, comme cela arrive fréquemment dans les contrats de transport, la loi du lieu de conclusion est toujours appliquée, quel que soit la loi que les parties aient pu expressément désigner pour régir leur contrat. Ceci résulte très nettement d'un arrêt *Gerli c. Cunard S. S. C^{ie}* (1), rendu par les Tribunaux fédéraux.

Un contrat avait été conclu à Milan entre un exportateur italien et la Compagnie anglaise de Navigation la *Cunard C^{ie}* pour le transport de balles de soie de Milan à New-York. Le contrat contenait une clause qui limitait la responsabilité du transporteur à 20 livres sterling, par balle de soie. Mais en même temps, il y avait dans le contrat une stipulation en faveur de l'application du droit anglais, qui, aux termes du *British Carriage of Goods Act* § 6 art. 3, prévoit qu'aucune clause ne pourra porter la responsabilité du transporteur à un montant inférieur à 100 livres sterling par balle transportée. Certaines balles ayant été perdues au cours du transport, le destinataire poursuivit la *Cunard C^{ie}*,

(1) 48 Fed. (2 d.), 115 (1931).

en invoquant le *British Carriage of Goods Act*. La C^{ie} Cunard opposa la clause du contrat de transport limitant la responsabilité du transporteur à 20 livres sterling par balle transportée.

Les Tribunaux fédéraux saisis de l'affaire, jugèrent que la responsabilité de la Compagnie Cunard devait être limitée à 20 livres sterling par balle de soie perdue, parce que les parties n'avaient pu adopter une loi autre que la loi italienne du lieu où le contrat avait été conclu et où devait commencer son exécution, et parce que cette loi était présumée, à défaut de preuve contraire, identique à la loi de New-York et en faveur de la validité de la clause limitant la responsabilité du transporteur à 20 livres sterling. Aucun effet n'était donc reconnu à la stipulation des parties en faveur de l'application du droit anglais, alors même que le contrat avait en Angleterre des éléments de rattachement importants : les marchandises devaient être embarquées à Southampton, à bord d'un paquebot anglais, le *S. S. Berengaria* de la Compagnie Cunard.

La jurisprudence a parfois tendance à élargir le champ de l'autonomie de la volonté, lorsqu'il s'agit de choisir la loi qui doit régir les effets du contrat. Elle admettra alors une stipulation en faveur d'une loi autre que la *lex loci contractus* ou la *lex loci solutionis*. Cette solution est consacrée dans un arrêt *Mutual R. F. J. Assurance C^{ie} c. Minehart* (1).

Un contrat d'assurance avait été conclu et devait être exécuté dans l'Etat d'Arkansas ; la police contenait une

(1) 72 Ark. 630 (1904).

mention expresse prévoyant l'application du droit de New-York. Il fut jugé, que si le droit de l'Arkansas devait être suivi pour déterminer la validité du contrat, le droit de New-York était compétent pour en régir les effets.

L'arrêt reconnaissait donc aux parties une liberté plus grande dans le choix de la loi applicable pour déterminer les effets de leur contrat, que dans celui de la loi régissant sa validité. Dans ce dernier domaine, en effet, la loi de l'Arkansas (lieu de conclusion et d'exécution) s'imposait aux parties sans autre choix possible.

Il est à noter d'ailleurs, que dans cet arrêt, le droit de New-York n'était pas entièrement étranger au contrat. C'était dans cet Etat que la compagnie d'assurance avait son siège social, c'était également là qu'étaient payables les primes. Le droit New-Yorkais appliqué, pour déterminer les effets du contrat d'assurance, avait un certain rapport avec le contrat. Le choix des parties dans la détermination de la loi applicable, pouvait donc s'effectuer dans les limites plus larges, d'une loi ayant un certain rapport avec le contrat : un rapport raisonnable (« *reasonable connection* ») (1).

Ce critérium de la « *reasonable connection* » qui a guidé ici le juge américain, est un critérium extrêmement souple et nous le retrouverons à la base de toutes les solutions données par le droit anglais (2) en la matière. C'est également lui qui est suivi dans le cas du prêt à intérêt, lorsqu'il s'agit de déterminer si le taux du prêt est usuraire. Une stipulation, en faveur d'une loi autre que celle du lieu

(1) Comme le propose le professeur LORENZEN dans son système, expose *supra* pp. 125 et s.

(2) Cf. *infra*, pp. 173 et s.

où le prêt a été contracté et doit être remboursé, sera respectée si la loi ainsi choisie ne tient pas le taux prévu pour usuraire, lorsque cette loi a un certain rapport avec le contrat de prêt.

Il en a été ainsi jugé dans un arrêt *Arnold c. Potter* (1). Un prêt d'argent contracté dans l'Etat de Massachusetts était remboursable dans celui de New-York. D'après les législations de ces deux Etats, le taux d'intérêt auquel le prêt avait été conclu, était usuraire. Mais les parties avaient eu soin de se référer par une stipulation expresse, à la législation de l'Iowa, et les Tribunaux de cet Etat, devant lesquels l'affaire fut portée, respectant la volonté des parties, admirent la validité du prêt. Il n'y avait cependant comme éléments de rattachement dans cet Etat, que le domicile du débiteur et l'existence d'un terrain sur lequel une hypothèque avait été concédée pour garantir le prêt. La loi choisie était donc appliquée, bien qu'elle ne fut ni la *lex loci contractus*, ni la *lex loci solutionis*.

(1) 22 Ia. 194 (1867). Cette même solution a été admise dans des arrêts postérieurs. Cf. notamment, *Greene c. Northwestern Trust Co.*, 128 Minn. 30 (1914), où la Cour de Minnesota déclara : « Les parties ont la faculté de choisir n'importe quelle loi, pourvu que la transaction puisse être rattachée de quelque manière à la loi ainsi choisie... Les parties ne peuvent localiser arbitrairement leur contrat dans un Etat déterminé. L'intention présumée des parties en faveur de l'application de la loi d'un Etat déterminé comme loi du contrat, ne recevra d'effet que si cette loi a un rapport réel (*vital connection*) avec la transaction, ou si d'importants éléments de rattachement du contrat se trouvent situés dans cet Etat ». Cf. également *Bowman c. Price*, 143 Tenn. 366 (1920) : « Il faut que l'intention des parties soit en faveur de la loi d'un pays ayant un rapport raisonnable avec le contrat, par suite de la présence dans ce pays d'éléments de rattachement qui soient suffisamment importants ».

Cette solution qui s'explique par l'indulgence que montrent les tribunaux américains vis-à-vis des prêteurs, se traduit par une tendance à appliquer la loi qui autorise l'intérêt le plus élevé. Comme l'a dit fort justement le juge Beck dans l'arrêt *Bigelow c. Burnham* (1), « les règles relatives aux conflits de lois en matière de contrats, se trouvent modifiées ou adoucies quand il s'agit de déterminer si l'intérêt est usuraire... pour satisfaire aux besoins du commerce ».

Mais le libéralisme plus grand des Tribunaux à l'égard du contrat de prêt à intérêt, trouve sa contre partie dans les obligations de bonne foi que la jurisprudence impose aux parties. Celles-ci ne peuvent stipuler l'application du droit d'un pays étranger, qui ne présente avec leur contrat que des rapports fictifs. Cette solution est consacrée dans un arrêt *Shannon c. Georgia State Building and Loan Association* (2).

Un contrat de prêt à intérêt avait été conclu dans le Mississippi entre un particulier domicilié dans cet Etat et une Société de crédit de l'Etat de Georgie, « la Georgia State Building and Loan Association ». L'argent emprunté, capital et intérêts compris, avait été remboursé à une agence de la Société, dans le Mississippi. L'emprunteur à une époque ultérieure, poursuit la Georgia State Building Association pour recouvrer une portion des intérêts qu'il avait versés, le taux de ces intérêts était usuraire d'après la législation du Mississippi. La Société prêteuse opposait une stipulation expresse du contrat, en vertu de laquelle le versement du

(1) 83 Ia. 120 (1891).

(2) 78 Miss. 955 (1901).

capital et des intérêts devait avoir lieu en Georgie et prétendait que le droit de cet Etat était applicable. Or d'après le droit de Géorgie le taux prévu pour le prêt n'était pas usuraire.

Le Tribunal de première instance rendit un jugement en faveur de la Société, mais il fut infirmé en appel. La Cour jugea en effet que la stipulation renfermée dans le contrat et prévoyant le paiement en Géorgie était sans effet, car elle avait un caractère purement fictif (le prêt ayant été effectivement remboursé dans le Mississippi) et avait été insérée uniquement dans le but d'échapper à la législation du Mississippi, moins libérale à l'égard du prêteur que celle de la Géorgie (1).

Il est curieux de voir intervenir cette notion de bonne foi, avec la recherche psychologique qu'elle implique (2).

(1) « Lorsqu'en pareil cas, déclare la Cour, les circonstances montrent que le seul objet d'une stipulation en faveur du paiement dans un Etat étranger, a été d'échapper à nos lois relatives à l'usure, aucun expédient, aucun camouflage, aucun arrangement, n'empêchera nos tribunaux de soulever le voile qui cache la vérité, et de se prononcer en se mettant en présence des éléments véritables du procès ».

(2) Lorsque les parties ont expressément stipulé dans leur contrat l'application de la loi permettant le taux d'intérêt le plus élevé, pour apprécier si elles sont de bonne foi, le juge devra commencer par rechercher si elles ont eu connaissance, au moment de la conclusion du contrat, du contenu objectif des lois en présence. Dans l'affirmative, il devra ensuite déterminer, si la loi qu'elles ont choisie, a, avec le contrat un rapport réel ou simplement fictif (comme dans l'arrêt *Shannon c. Georgia State Building and Loan Association* analysé précédemment), car ce n'est que dans la première hypothèse que le choix des parties sera respecté. Voir sur cette double recherche psychologique que doit effectuer le juge, une excellente *note doctrinale* dans la *Revue juridique de Columbia*, 21 *Col. L. Rev.* 585 (1921).

dans le droit américain dont le caractère est essentiellement objectif (1). Elle est vivement critiquée par certains auteurs qui soulignent les solutions incertaines auxquelles elle conduit (2). Elle n'en est pas moins nécessaire, comme un frein à la plus grande liberté reconnue aux parties dans le prêt à intérêt, aussi se rencontre-t-elle fréquemment (3).

SECTION II

LA DÉTERMINATION DE LA LOI DU CONTRAT LORSQUE LES PARTIES N'ONT PAS MANIFESTÉ LEUR VOLONTÉ

Lorsque les parties n'ont pas manifesté leur volonté, les arrêts utilisent deux systèmes de présomption de volonté : le système de la *lex loci contractus* et le système de la *lex loci solutionis*. Chacune de ces deux présomptions est déclarée applicable d'une manière exclusive, en vertu d'une règle générale. Comme elles sont inconciliables l'une avec l'autre, les solutions de la Jurisprudence apparaissent bien souvent comme étant contradictoires et incohérentes (4).

(1) Cf. sur ce point, *supra* p. 135, note 4.

(2) Cf. BEALE, *Treatise*, p. 1081, et les exemples de jurisprudence qu'il donne pour faire ressortir l'incertitude des solutions qu'entraîne l'intervention en cette matière de la notion de bonne foi.

(3) Voy. notamment *Brierley c. Commercial Credit C°*, 43 Fed. (2 d.), 724 (1930), analysé dans 29 *Michigan L. Rev.* 775 (1931); *London Finance C° c. Shattuck*, 221 N.-Y. 702 (1917). Voy. aussi pour d'autres références de jurisprudence sur cette question, les notes publiées dans : 19 *Ill. L. Rev.* 180 (1924), 44 *Harv. L. Rev.* 105 (1930), 62 *L. R. A.* 51 et s.

(4) Cette contradiction est particulièrement frappante, lorsqu'elle se rencontre à l'intérieur d'une même juridiction. La comparaison des deux

Cette situation est due directement à la manière si confuse dont Story traite ce chapitre du droit international privé, puisque comme nous l'avons vu, bien qu'il adopte en définitive le système de la *lex loci solutionis*, il commence par présenter l'application de la *lex loci contractus* comme une règle générale (1).

Cet attachement des juges américains à des règles générales s'explique aussi par le désir très vif, manifesté aux Etats-Unis, d'arriver à des solutions prévisibles, par suite du nombre considérable des conflits de lois qui naissent des relations d'affaires entre les Etats (2). Les règles générales dégagées par la doctrine sont répétées par les juges comme des formules commodes qui leur donnent une illusion de certitude ; mais elles ne doivent pas nous induire en erreur sur la véritable technique qui est suivie par le

arrêts *Scudder s. Union National Bank* et *Hall c. Cordell*, rencontrés en matière de forme, (cf. notre deuxième partie, *supra* pp. 89 et s.), nous a fourni un premier exemple de cette situation. On peut en indiquer un second non moins frappant. Devant la Cour suprême d'Illinois le même juge déclara applicable, la *lex loci contractus* dans un arrêt *Burr. c. Beckler* (264 Ill. 230 [1914]), et la *lex loci solutionis* dans un arrêt *George c. Hass* (311 Ill. 382 [1924]), rendu dix ans après le premier. Voy. sur ces deux arrêts une note dans la *Revue juridique d'Illinois* (19 Ill. L. Rev. 180 [1924]).

(1) Cf. sur ce point, *supra* p. 116.

(2) C'est qu'en effet aux Etats-Unis le commerce et les relations d'affaires intéressent tous les milieux et se développent d'une manière constante entre les différents Etats qui, malgré un régionalisme sentimental très poussé, sont dans une interdépendance économique étroite. (Voir en ce sens l'intéressante conférence faite par M. BATIFFOL à l'Institut de droit comparé, le 23 février 1937, intitulée : « *Quelques observations sur l'état actuel du fédéralisme aux Etats-Unis* », qui paraîtra prochainement dans les *Annales de l'Institut de droit comparé*, année 1937).

juge américain pour la détermination de la loi du contrat. Si, en effet, on ne se contente pas du seul texte des arrêts, mais qu'on recherche l'esprit des solutions, ce qui est indispensable en droit américain (1), on s'aperçoit, qu'au fond, derrière l'énoncé de ces règles générales dont l'application pourrait paraître mécanique et arbitraire, se cache toute une casuistique expérimentale, inspirée par des considérations d'intention et d'utilité. Car en définitive ce que fait le juge américain, c'est de déterminer quelle est la loi dont l'application se révèle la plus utile, de rechercher la loi propre du contrat, et l'ayant déterminée, de justifier son application comme correspondant soit à la *lex loci contractus*, soit à la *lex loci solutionis*.

La jurisprudence ne consacre donc la méthode de règles générales préconisées par Story, que dans le seul texte de ses arrêts ; dans l'esprit de ses solutions, c'est la méthode plus souple de M. Lorenzen qu'elle suit, c'est-à-dire que le juge s'efforce de dégager la loi qui correspond le mieux aux considérations d'intention et d'utilité, en un mot d'appliquer la loi propre du contrat.

(1) Car la jurisprudence américaine du fait de son volume considérable donne au principe de la force obligatoire du précédent un caractère spécial, qui fait que l'on s'attache aux *dicta* plus qu'à la *ratio decidendi*, et que le principe de *stare decisis* devient celui de *stare dictis*. Cf. sur ce point : GOODHART, *Case law in England and America* (1928), 15 *Corn. L. Q.* 173 ; *Precedent in England and American Law* (1930), *L. Q. Rev.* 40. Il convient donc en droit américain, comme l'a justement écrit M. BROCKELBANK, « d'établir la distinction entre la *ratio decidendi* et l'*obiter dictum*. » (Cf. BROCKELBANK, *La formation du mariage au États-Unis* (1935), passage cité par M. NIBOYET dans la préface que cet éminent professeur a écrite au livre de M. BROCKELBANK. [Cf. la préface de M. NIBOYET à la p. 9]).

Cette adoption par le juge américain du système de la loi propre du contrat, cachée jusqu'à ces dernières années sous le couvert de règles générales applicables à tous les contrats, est consacrée dans la jurisprudence la plus récente d'une manière très nette, dans le texte même des arrêts. Il est en effet intéressant de constater que dans des décisions rendues au cours de ces dernières années, on trouve exprimée cette idée nouvelle, que le contrat « appartient à un certain Etat ». La loi de cet Etat qui régit le contrat, est déterminée par une localisation de celui-ci, effectuée en fonction de ses éléments de rattachement. Elle peut être aussi bien la *lex fori* que la loi étrangère.

On peut donner comme exemple d'arrêt ayant localisé le contrat sur le territoire du forum, l'arrêt *In Re Lucas's Estate* (1), rendu le 17 mai 1935 par la Cour Suprême du Michigan.

Le débiteur domicilié dans le Michigan avait signé conjointement avec sa femme un billet à l'ordre de son créancier, payable au domicile de ce dernier en Pensylvanie. Il est poursuivi, après la mort de sa femme pour le montant de sa créance. La question se pose de savoir si le contrat est soumis au droit du Michigan ou au droit de la Pensylvanie, car dans le premier cas, le débiteur ne peut être poursuivi que jusqu'à épuisement des biens de la succession de sa femme, tandis que dans le second, il est tenu également sur ses biens personnels.

Le droit du Michigan fut déclaré applicable, la Cour ayant localisé le contrat dans cet Etat, en faisant ressortir les

(1) 261 N. W. 117 (Mich. 1935).

éléments de rattachement qui s'y trouvaient réunis. Voici comment s'exprime l'arrêt :

« Le prêt fut sollicité par des résidents du Michigan, l'argent a été reçu par les débiteurs dans cet Etat ; le billet y fut signé et c'est d'ici qu'il fut envoyé au créancier. Le fait qu'il soit revêtu de l'adresse de celui-ci est sans importance sur la détermination du lieu du paiement et n'avait d'autre but que d'identifier le billet... L'engagement constituait donc un contrat du Michigan (« *Michigan contract* »), régi par la loi de cet Etat ».

Mais cette localisation du contrat n'est pas toujours faite au profit de la *lex fori*. En effet, dans un arrêt *Gregg c. Fitzpatrick* (1) rendu par la Cour d'appel de Géorgie le 26 septembre 1936 c'est la loi étrangère qui fut déclarée applicable.

Une femme mariée, domiciliée en Géorgie, avait avalisé un billet à ordre que son mari avait souscrit, pour obtenir une avance lui permettant d'acheter certains terrains en Floride. Ce billet, qui avait été endossé par une tierce personne en Floride, était garanti par une hypothèque constituée sur les dits terrains, et était payable à l'ordre d'une banque de cet Etat.

Poursuivie comme « donneur d'aval » sur ses biens personnels, la femme mariée opposa la législation de la Floride, qui ne reconnaissait aux créanciers, en pareil cas, que le droit de saisir la propriété hypothéquée. La Cour d'appel de la Floride, confirmant un jugement du Tribunal de première instance, reconnut le bien fondé de la défense, et jugea en conséquence que les créanciers ne

(1) 187 S. E. 730 (Ga. 1936).

pouvaient se désintéresser que sur la valeur des terrains hypothéqués et en aucune manière sur les biens personnels de la signataire.

Pour déclarer applicable le droit de la Floride, l'arrêt se fonde sur le fait que le contrat aurait été localisé dans cet Etat. Voici en effet comment il s'exprime : « Bien que le billet dont on poursuit le paiement ait été signé en Géorgie par le mari et sa femme, il a été endossé en Floride par une tierce personne, et c'est dans cet état que le créancier bénéficiait du billet. Le contrat s'y trouve donc localisé, c'est un contrat de Floride (« *Florida Contract* »). Sa validité quant à la capacité de la femme mariée, doit être déterminée par les lois et la Jurisprudence de cet Etat ».

En localisant ainsi le contrat, pour déterminer sa loi propre, la jurisprudence américaine consacre d'une manière éclatante l'échec des systèmes de règles générales applicables à tous les contrats. Comme le déclare fort justement la Cour de New-York dans un arrêt *Wilson c. Lewiston Mill C°* (1) : « Les transactions du monde des affaires sont si nombreuses et si variées qu'il est difficile, sinon impossible, de formuler une règle générale qui puisse les régir uniformément. Tantôt, c'est la loi du lieu de conclusion du contrat qui est considérée comme étant la loi applicable, tantôt celle du lieu d'exécution. Aucune de ces deux lois n'est par elle-même déterminante. Ces deux lois doivent être prises en considération toutes deux dans leurs rapports avec le contrat tout entier et les circonstances dans lesquelles il a été conclu, pour déterminer l'intention probable des parties. »

(1) 150 N.-Y. 314 (1896).

Cette méthode conduit la jurisprudence, pour déterminer la loi du contrat, à s'appuyer sur les circonstances suivantes : les conditions dans lesquelles le contrat a été conclu et exécuté, le fait que l'une des deux lois fait produire des effets au contrat, enfin la nature du contrat. Recherchons l'influence de ces différents éléments sur la détermination de la loi applicable.

§ 1. — Les conditions dans lesquelles le contrat
a été conclu et exécuté

Il y a une première hypothèse dont il faut se débarrasser, c'est celle des contrats conclus et exécutés dans le même Etat. Ceux-ci sont en effet toujours soumis à la loi qui est à la fois la *lex loci contractus* et la *lex loci solutionis*. Mais il est intéressant de noter que les arrêts justifient l'application de cette loi par la règle générale de Story, d'après laquelle la *lex loci contractus* est compétente (1), alors qu'en pareil cas, nous l'avons vu, la solution pourrait être aussi bien justifiée par l'application de la *lex loci solutionis*.

Cette mention par les juges américains de la *lex loci contractus*, correspond à l'habitude qu'ils ont de s'attacher à des formules commodes, faciles à retenir, même lorsqu'elles ne sont pas nécessaires pour justifier la décision qu'ils rendent. C'est là un exemple particulièrement frappant du principe de *stare dictis* (2).

En dehors de cette hypothèse particulière, la *lex loci con-*

(1) Cf. par exemple *Denio Milling Co. c. Malin*, 25 Wyo. 143 [1917]: « D'une façon générale, la nature, la validité et les effets des contrats doivent être régis par la loi en vigueur au lieu où ils ont été conclus ».

(2) Voy. sur la tendance des juges américains à s'attacher plus aux *dicta*, qu'à la véritable *ratio decidendi*, *supra* p. 145, note 1).

tractus a été déclarée applicable dans les cas où le début de l'exécution du contrat doit s'effectuer dans l'Etat où le contrat a été conclu. Ceci a été jugé dans un arrêt *Liverpool and Great Western Steam C^o c. Phénix Insurance C^o* (1). Il s'agissait, en l'espèce, d'une clause de non responsabilité insérée dans un contrat de transport conclu à New-York les marchandises devaient être transportées de New-York à Liverpool, et la clause de non responsabilité, nulle en droit américain, était au contraire valable en droit anglais. La Cour Suprême des Etats-Unis jugea que le droit de New-York était applicable, en tant que *lex loci contractus* et la clause fut en conséquence tenue pour nulle. L'arrêt invoque plusieurs circonstances propres à justifier l'application de la *loci loci contractus* : le pavillon américain du navire, le domicile de l'une des parties à New-York. Il souligne en outre le fait que l'exécution devait commencer au lieu de conclusion du contrat. L'application de la *lex loci contractus* était donc motivée par les circonstances particulières de l'affaire, et néanmoins suivant la technique habituelle de la jurisprudence américaine, la Cour Suprême des Etats-Unis justifie cette solution en la présentant comme découlant d'une règle générale. Voici en effet ce que dit le juge Gray :

« Suivant la grande majorité, sinon l'unanimité des auteurs, la règle générale est que la nature du contrat, sa substance et ses effets, doivent être régis par la loi du lieu où le contrat a été passé, à moins que les parties n'aient eu en vue une autre loi au moment de la conclusion du contrat ».

(1) 129 U. S. 397 (1889).

La même solution est suivie *ex necessitate* dans le cas où l'exécution du contrat se poursuit dans plus d'un Etat, pour éviter que le contrat ne dépende de plusieurs lois. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Morgan c. New-Orleans M. and T. R. R.* (1). Il s'agissait, en l'espèce, d'un accord conclu dans l'Etat de New-York en vue d'effectuer certaines constructions de voies ferrées dans des Etats du Sud : Louisiane, Alabama et Texas. Les travaux n'ayant pas été effectués dans les délais convenus, une action en rescision fut intentée, conformément au droit de la Louisiane. La Cour de New-York, saisie de cette action, débouta le demandeur et déclara que le droit de New-York était applicable en tant que *lex loci contractus*. L'arrêt met bien en lumière les difficultés insurmontables auxquelles l'on se heurterait si l'on voulait appliquer la *lex loci executionis*, dans un cas où l'exécution du contrat doit se poursuivre dans plusieurs Etats. L'arrêt est très net à ce sujet. Voici comment s'exprime le juge Bradler qui rendit la décision :

« Devant ces difficultés (l'exécution dans plusieurs Etats) le mieux que je puisse faire est de revenir à la règle générale, d'après laquelle un contrat doit être régi par la loi du lieu où il est conclu. La présomption de volonté en faveur de la *lex loci solutionis*, habituellement suivie lorsque le contrat doit être exécuté ailleurs qu'au lieu où il a été conclu, est écartée lorsque cette exécution doit se poursuivre dans plusieurs Etats. En effet, plusieurs présomptions sont alors en présence et aucune ne peut prévaloir ».

Lorsque le contrat doit être exécuté dans un seul Etat qui

(1) 2 Woods. 244 (1876).

n'est pas celui où il a été conclu, le choix entre la *lex loci contractus* et la *lex loci solutionis* devient plus délicat. D'autres circonstances sont alors prises en considération, notamment le fait que l'une des deux lois fait produire des effets au contrat, à l'exclusion de l'autre.

§ 2. — Le fait que l'une des deux lois fait produire
des effets au contrat, à l'exclusion de l'autre

Lorsqu'il y a deux lois en présence, *lex loci contractus* et *lex loci solutionis*, la jurisprudence américaine a nettement tendance à appliquer celle de ces deux lois qui fait produire des effets au contrat. Cette même tendance se manifeste, nous l'avons déjà vu, au sujet de la détermination de la validité du contrat quant aux conditions de capacité et de forme. C'est l'application de l'axiome *ut res magis valeat quam pereat*, qui exerce une forte influence dans le domaine des conditions de fond, comme nous le prouve un arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis, rendu dans l'affaire *Pritchard c. Norton* (1). La Cour, pour justifier l'application du droit de la Louisiane à un contrat conclu dans l'Etat de New-York, où il avait été exécuté, souligne le fait que la législation de ce dernier Etat fait produire des effets au contrat, et déclare qu'il y a là « un indice très net permettant de présumer l'intention des parties de se soumettre à l'application de cette loi », et que « cet indice » doit prévaloir en l'absence de la preuve expresse et positive d'une intention contraire ».

(1) 106 U. S. 124 (1882).

Nous avons vu ci-dessus (1) que, dans le cas du prêt d'argent, pour déterminer si le taux stipulé est usuraire, l'on applique d'une manière systématique la loi qui valide le contrat et qui autorise le taux d'intérêt le plus élevé. Il y a alors véritablement une règle spéciale de compétence, en faveur de l'application de cette loi.

Mais en dehors de ce contrat particulier, la jurisprudence n'est pas exclusivement guidée par le désir d'appliquer la loi qui donne le maximum d'effet au contrat. D'autres circonstances peuvent être retenues. C'est ainsi que la jurisprudence s'efforce d'assurer l'application de la loi correspondant le mieux à la nature du contrat considéré.

§ 3. — La nature du contrat

La jurisprudence américaine n'a pas en général dégagé, comme elle aurait fort bien pu le faire, des règles spéciales de rattachement pour certains contrats (2). Les arrêts se cantonnent toujours entre la *lex loci contractus* ou la *lex*

(1) *Supra* pp. 140-141.

(2) Cf. en ce sens JEANPRÊTRE, *Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles selon la jurisprudence et la doctrine aux Etats-Unis* (1936), p. 102. Mais les juges américains (et cet auteur ne semble pas s'en être rendu compte), ont recours, pour déterminer la loi du contrat à une casuistique inspirée de considérations d'intention et d'utilité, qui leur fait prendre en considération la nature particulière du contrat, même si cela n'apparaît pas à la seule lecture du texte de leurs arrêts. Aussi l'examen des différents types de contrats, du point de vue de la loi qui leur est applicable, dans la jurisprudence, offrirait-il assurément de l'intérêt. Nous avons cependant cru préférable, étant donné déjà l'abondance de la matière, de réserver cet examen pour une étude ultérieure, et de nous limiter ici à l'analyse des principes généraux.

loci solutionis, appliquées en vertu de règles générales, *general rules* à tous les contrats.

Mais il ne faudrait pas croire pour cela que les arrêts ne tiennent pas compte de la nature du contrat. Ils ont au contraire tendance à appliquer la loi qui convient le mieux à chaque type de contrat, en dégagant la loi propre du contrat (1). Cette loi sera, par exemple, dans la vente d'immeubles la *lex situs*, dans le contrat de transport la loi de l'usager, dans le contrat de travail, la loi la plus favorable à l'ouvrier, dans le contrat d'assurance la loi du domicile de l'assuré (2).

Par l'application de la loi propre du contrat aux conditions de fond, la jurisprudence américaine tend à se rapprocher dans ses solutions du droit anglais (3), qui, comme

(1) Suivant la méthode préconisée par M. LORENZEN, cf. *supra* p. 127.

(2) Cf. pour les références de jurisprudence sur ces différents points, GOODRICH, *Handbook in the Conflict of laws* (1927), p. 241.

Il est intéressant de souligner le caractère économique de cette jurisprudence, qui cherche à protéger la partie économiquement la plus faible, en déclarant applicable la loi de son domicile, (voir notamment la jurisprudence en matière de contrat d'assurance, appliquant la loi du domicile de l'assuré, cette jurisprudence est réunie dans la collection *Lawyers Report Annotated*, cf. 63 *L. R. A.* 833, 23 *L. R. A. (N. S.)* 968, 52 *L. R. A. (N. S.)* 275) ou plus généralement la loi qui lui est la plus favorable (voir notamment la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis, relative à la responsabilité patronale dans les accidents du travail, qui tend à appliquer la loi la plus favorable à l'ouvrier victime de l'accident, analysée par nous au *Clunet* 1935, pp. 424 et s., et 639 et s. Voir aussi BEALE, *Social Justice and business Cost. A study in the legal history of today* (1936), 49 *Harv. L. Rev.* 593).

(3) Il est intéressant de signaler que dans un arrêt *Jones c. Metropolitan Life Insurance Co.*, la Cour de New-York se réfère en termes exprès

nous le verrons est fermement attaché à ce système. Mais la loi du contrat n'est appliquée aux Etats-Unis que dans certaines limites, qu'il nous faut maintenant examiner.

SECTION III

LES LIMITES A L'APPLICATION DE LA LOI DU CONTRAT

Il y a deux ordres de limites à l'application de la loi du contrat. En premier lieu, certaines questions échappent à la compétence normale de cette loi pour être soumises à la *lex loci solutionis* ou à *lex fori*. En second lieu, la loi du contrat dans son domaine normal d'application, peut être écartée au nom de l'ordre public.

§ 1. — Questions échappant à la compétence normale de la loi du contrat

Parmi les questions qui ne tombent pas dans le champ normal de compétence de la loi du contrat, les unes sont soumises à la *lex loci solutionis*, les autres à la *lex fori*. Examinons successivement chacune de ces deux catégories.

1° Questions rattachées à la « *lex loci solutionis* »

On trouve dans la jurisprudence américaine une tendance à soumettre tout ce qui concerne les modalités de l'exécu-

au système de la loi propre du contrat du professeur CHESHIRE d'Oxford (cf. sur ce système *infra* p. 171 qui est cité dans le texte même de l'arrêt, comme représentant le système suivi dans l'Etat de New-York par la jurisprudence la plus récente (Cf. *Jones c. Metropolitan Life Insurance Co.*, 286 N.-Y. Supp. 4 (1936), rapporté dans CHEATHAM, DOWLING and GOODRICH, *Cases and other materials on Conflict of laws*, 1936; p. 487, voy. p. 488).

tion ou du paiement à la *lex loci solutionis*. C'est ainsi que cette loi a été appliquée pour décider si un délai de grâce pouvait être accordé pour le paiement d'une traite, si l'exécution d'un contrat devait être retardée jusqu'au lundi, quand l'échéance tombait le dimanche, pour fixer enfin le taux de conversion de la monnaie (1). Dans tous ces cas, la *lex loci solutionis* n'a été d'ailleurs appliquée qu'à titre de loi supplétive, et à défaut d'une volonté contraire des parties.

C'est à ce même titre que la *lex loci solutionis* est suivie pour déterminer les suites du contrat, c'est-à-dire les conséquences résultant d'événements postérieurs au contrat, qui rendent son exécution impossible ou tout au moins qui la retardent. Cette solution a été notamment adoptée dans un arrêt *Richard c. American Union Bank* (2), où il s'agissait de déterminer les effets de l'inexécution d'un contrat.

Une banque de New-York s'était engagée à ouvrir au demandeur, à une certaine date, un crédit de 2 millions de lei (unité monétaire roumaine) payable à Bucarest. L'ouverture du crédit fut faite avec un certain retard et à un moment où la valeur du lei sur le marché des changes avait considérablement baissé. Une action fut alors intentée pour recouvrer la perte subie par le demandeur, en raison du retard dans l'ouverture du crédit et de la dépréciation moné-

(1) Cf. sur tous ces points la jurisprudence citée par GOODRICH, *Handbook on the Conflict of laws* (1927), p. 247.

Nous passerons ici volontairement sous silence, tout ce qui est relatif à la clause or dans les contrats internationaux. Cette question qui a fait l'objet de nombreux articles et monographies, présente un caractère trop particulier et trop spécial pour trouver place dans une étude qui ne vise qu'à dégager les principes généraux.

(2) 241 N.-Y. 163 (1925).

taie. Le principe de la compétence de la *lex loci solutionis* est nettement affirmé dans l'arrêt, qui s'exprime à ce sujet dans les termes suivants :

« C'est un principe bien établi que la rupture d'un contrat doit être rattachée au lieu d'exécution du contrat, et par application de cette règle la rupture du contrat s'est produite à Bucarest. »

« Il est de règle également que les dommages-intérêts dus, en raison de la rupture d'un contrat, soient évalués dans l'unité monétaire en vigueur, au lieu où la rupture s'est produite. »

La jurisprudence américaine apparaîtrait donc comme ayant fait revivre notre vieille distinction entre les effets et les suites du contrat (1)₂, en appliquant dans ce second domaine la *lex loci solutionis*, bien que cette distinction soit difficile à percevoir dans les arrêts, du fait que la loi applicable comme loi propre du contrat est bien souvent la *lex loci solutionis*.

2° Questions rattachées à la « *lex fori* »

Ce sont toutes les règles qui sont considérées comme faisant partie de la procédure, car c'est un principe universel-

(1) Distinction reprise par M. Valéry, qui soutient que les suites du contrat dépendant d'événements postérieurs à sa conclusion, comme de faits rendant son exécution impossible, doivent être soumises à la loi du lieu où ces faits se produisent et non point à la loi du contrat (Cf. VALÉRY, *Manuel de droit international privé*, 1914, pp. 987 et s.). La jurisprudence française n'a pas consacré ce système, puisqu'elle rattache les suites du contrat à la loi du contrat (la loi d'autonomie). (Cf. sur cette jurisprudence, la comparaison des droits américain et anglais avec le droit français dans le Livre II, *infra* p. 240).

lement admis que celui de l'application en ce domaine de la *lex fori*. Il se justifie par une considération que M. Beale énonce ainsi (1) : « Fournir un moyen d'action c'est quelque chose d'entièrement dépendant de la juridiction où le moyen d'action est recherché. »

Mais si la règle est évidente, de sérieuses difficultés surgissent lorsqu'il s'agit d'en déterminer le contenu exact (2). Certaines questions sont en effet à la frontière entre les règles de fond et les règles de procédure, et de délicats problèmes de qualification se présentent à leur sujet, non moins difficiles à résoudre que ceux que nous avons rencontrés pour délimiter le domaine des formes de procédure de celui des formes proprement dites (3).

Nous avons vu que les droits américain et anglais avaient tendance à étendre la notion des formes de procédure à certaines formalités qui sont considérées chez nous comme des formes extrinsèques. Nous avons ainsi relevé un certain empiètement dans ces deux droits de la *lex fori* sur la règle *locus regit actum*. Nous retrouvons le même phénomène à propos de la loi du contrat ; le droit américain, suivi sur ce point par le droit anglais (4), rattache en effet à la *lex fori*, comme faisant partie des règles de procédure, certaines questions comme la charge de la preuve et la prescription

(1) BEALE, *Treatise*, p. 80.

(2) Cf. sur ce point : COOK, « *Substance and Procedure in the Conflict of Law* », 42 *Yale L. J.* 333 ; « *Delimitation of procedure in the Conflict of Laws* », 47 *Harv. L. R.* 315 (1933) (note anonyme).

(3) Cf. *supra* pp. 95 et s.

(4) *Infra* p. 185.

libératoire (1) qui dépendent en France de la loi du contrat (2).

§ 2. — La loi du contrat écartée au nom de l'ordre public

L'ordre public revêt deux formes différentes dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat. Tout d'abord, comme en matière de capacité, il peut conduire à l'élimination de la loi étrangère normalement applicable comme loi du contrat : c'est la forme normale de l'ordre public. Mais à côté de cet ordre public de la *lex fori*, on en rencontre une forme nouvelle : l'ordre public de la loi étrangère.

1° L'ordre public de la « *lex fori* » :

C'est un principe universellement admis que la loi étrangère peut être écartée au nom de l'ordre public. Mais le domaine d'application de ce principe est à peu près impossible à préciser, car ainsi qu'il a été fort bien dit (3), l'or-

(1) Voy. cette jurisprudence dans CHEATAM, DOWLING and GOODRICH, *Cases and other materials on conflict of laws* (1936), pp. 353 et s.; cf. aussi BEALE, *Treatise*, pp. 1598 et s., et GOODRICH, *Handbook*, pp. 157 et s. Cette tendance des tribunaux américains à étendre le champ d'application des règles de procédure au détriment de la loi du contrat, a été critiquée par l'éminent professeur LORENZEN (cf. LORENZEN, *Commercial arbitration. International and interstate aspects*, 44 *Yale L. J.*, pp. 716 à 757 (1934).

(2) Voy. pour les références de la jurisprudence française en cette matière, le parallèle entre les droits américain et anglais et le droit français dans le Livre II, *infra* pp. 239 et s.

(3) PILLET et NIBOYET, *Manuel de droit international privé* (1^{re} éd.), p. 414, passage cité par M. CALEB (cf. CALEB, *Essai sur le principe de*

dre public « fait partie des choses qu'on peut mieux sentir qu'on ne les exprime ».

D'une manière générale, aux Etats-Unis, l'ordre public de la *lex fori* a un champ d'application restreint (1). C'est qu'il s'agit d'une notion essentiellement fuyante, comme la Cour de New-York a eu l'occasion de le souligner dans un arrêt récent (2), dont les juges américains évitent de parler pour conserver tout au moins l'illusion de la certitude des solutions juridiques (3), à laquelle ils tiennent particulièrement (4).

Par ailleurs, les règles de droit international privé qui sont à la base du droit américain, découlant toutes du principe fondamental du territorialisme, conduisent relative-

l'autonomie de la volonté en droit international privé, Thèse, Strasbourg 1927, p. 63).

(1) Certains auteurs ont été jusqu'à interpréter la « *full faith and Credit Clause* » de la Constitution américaine comme interdisant la prise en jeu de l'exception d'ordre public (cf. *note anonyme* dans la *Revue juridique d'Illinois*, 13 *Ill. Law Rev.* 42). La jurisprudence n'admet pas cette vue, mais consacre très largement le principe de la reconnaissance des droits acquis. Comme l'affirme le juge CARDOZO dans l'arrêt *Loucks c. Standard Oil Co of New-York*, 224 N.-Y. 99 (1918) : « le principe fondamental de politique juridique semble être de reconnaître partout les droits légalement acquis ».

(2) Cf. l'arrêt *Strauss and Co c. Canadian Pacific Railway Co* (254 N.-Y. 564 [1930], analysé *infra*, p. 162), où l'on trouve déclaré par la Cour de New-York : « L'ordre public est nécessairement variable. Il change en même temps que les conditions dans lesquelles nous vivons... ».

(3) Voy. en ce sens : HOLMES, *Privilege, malice and intent* (1894), 8 *Harv. L. Rev.*, pp. 1 à 7.

(4) Nous avons déjà souligné cette tendance des juges américains, à propos de la détermination de la loi du contrat, en montrant qu'elle expliquait leur attachement à des règles générales applicables à tous les contrats, alors que celles-ci sont nettement incompatibles avec la nature infiniment variée des différents contrats (Voy. *supra* pp. 144 et s.).

ment peu souvent à l'application de la loi étrangère. L'ordre public n'a dès lors pas à jouer aux Etats-Unis le même rôle de frein à l'application de la loi étrangère qu'en France (1).

Mais c'est surtout le caractère particulier du conflit des lois aux Etats-Unis : conflit interétatique, qui explique que le recours à l'ordre public soit rare (2). La loi étrangère n'étant le plus souvent que la loi d'un Etat voisin et non celle d'un pays étranger, il est exceptionnel qu'elle heurte l'ordre public du tribunal saisi et ne soit pas appliquée, car les fréquentes relations commerciales interétatiques développent une certaine similitude de conceptions juridiques.

D'autre part, une atmosphère d'entr'aide règne entre les différents Etats, comme cela est mis en lumière par la Cour de Wyoming, lorsqu'elle déclare dans l'arrêt *Union Securities C^o c. Adams*, que « vivant dans une fédération de quarante-huit Etats soumis au même drapeau, parlant la même langue, ayant en grande partie les mêmes coutumes, et poursuivant les mêmes activités, chaque Etat devrait avoir pour principe d'étendre plutôt que de restreindre la doctrine de la courtoisie » (*Comity*) (3).

(1) Voy. la comparaison avec le droit français dans le Livre II, *infra*, pp. 286-287.

(2) Voy. en ce sens l'excellent article de M. Armand B. Dubois : « *The significance in Conflicts of laws of the distinction between interstate and international transactions* » (1932), 17 *Minn. L. Rev.* 361; ELIESCO, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Thèse, Paris 1925, p. 316, n° 243.

(3) 35 Wyo. 45 (1925). Cf. aussi *Veytia c. Alvarez*, 30 Ariz. 316 (1926), où le juge Jones déclara : « Il se peut que les liens de courtoisie (*Comity*)

Pour que l'ordre public soit invoqué, il faut, pour employer l'expression de la Cour d'Arizona (1), « que la conscience juridique du tribunal saisi soit véritablement choquée ». En matière de contrats, les cas où l'ordre public a été invoqué sont excessivement rares. A titre d'exemple, on peut indiquer l'arrêt *Strauss C° c. Canadian Pacific Ry. C°* (2).

Un contrat avait été conclu pour le transport de marchandises de Shanghai à New-York, en passant par Vancouver, trois des balles de soie expédiées de Shanghai avaient disparu. Poursuivie en paiement de dommages et intérêts, la compagnie de navigation, qui avait assuré le transport, opposa une clause de non-responsabilité figurant dans le contrat de transport. La Cour Suprême de New-York, infirmant l'arrêt de la Cour d'Appel, repoussa cette défense et jugea que cette clause était nulle, comme contraire à l'ordre public. « Dans cet Etat, déclare la Cour, le législateur a maintes fois affirmé au cours de ces dernières années, qu'admettre la validité des clauses d'exonération de responsabilité, c'est aller à l'encontre des intérêts supérieurs de l'Etat. Il en résulte que nos tribunaux ne doivent pas sanctionner une pareille clause, alors même qu'elle figure dans un contrat de transport régi par une loi étrangère. »

C'est donc d'une manière quelque peu hésitante que les juges américains consacrent l'ordre public. Il en résulte que

entre Etats, soient ou doivent être plus forts que ceux qui existent entre nations indépendantes ».

(1) Dans l'arrêt *Veytia c. Alvarez*, cité note *supra*.

(2) 254 N.-Y. 407 (1930), rapporté dans CHEATAM, DOWLING and GOODRICH, *Cases and other materials on Conflict of laws* (1936), pp. 499 et s.

les juges sont parfois divisés quant au point de savoir si l'ordre public doit ou non être opposé dans un cas donné. L'arrêt *Oceanic Steam Navigation Co. v. Corcoran* (1) en fournit un exemple.

Un passager américain, faisant la traversée entre Montréal et Liverpool, sur un des paquebots de la compagnie anglaise de navigation la « White Star Line », avait subi de sérieux dommages par suite de l'inondation de sa cabine, par la faute du garçon de service qui avait laissé le hublot ouvert. La « White Star Line » invoquait la clause figurant sur le billet, en vertu de laquelle ne sont recevables que les réclamations introduites dans les trois jours qui suivent le débarquement du passager. Cette défense ne fut pas admise par la Cour fédérale qui jugea que cette clause était contraire à l'ordre public du forum. Mais un des juges qui siégeait, le juge Hough, s'opposa à cette décision et fut d'avis que, comme l'exécution du contrat devait avoir lieu en dehors des Etats-Unis, l'ordre public américain n'était pas assez directement intéressé pour justifier le refus de sanctionner le contrat.

2° L'ordre public de la loi étrangère

Le droit américain reconnaît, dans une certaine mesure, l'ordre public de la loi étrangère. C'est là une conséquence de l'idée de courtoisie internationale qui s'est développée aux Etats-Unis sous l'influence de Story, lequel avait lui-même puisé cette notion dans la doctrine hollandaise (2).

(1) 9 Fed. (2 d.) 724 (1925), rapporté dans CHEATHAM, DOWLING and GOODRICH, *Cases and other materials on Conflict of laws* (1936), p. 495.

(2) Cf. STORY, *op. cit.*, § 29. STORY cite notamment le « *de conflictu legum* » de HUBER.

L'ordre public de la loi étrangère entre en jeu de manière différente, suivant qu'il s'agit de l'ordre public de la *lex loci contractus* ou de l'ordre public de la *lex loci solutionis*.

A. — L'ordre public de la « *lex loci contractus* »

La jurisprudence américaine semble consacrer la règle préconisée par M. Lorenzen, qu'un contrat est nul lorsqu'il est conclu d'une manière contraire à l'ordre public de la *lex loci contractus* (1). C'est ainsi que dans un arrêt *Kennedy c. Cochrane* (2), il fut jugé par la Haute-Cour du Maine qu'une vente de liqueur conclue dans la province canadienne de New-Brunswick devait être tenue pour nulle, une pareille vente étant contraire à l'ordre public de la législation locale, bien qu'elle fut à destination du défendeur domicilié dans le Maine et que la législation de ce dernier Etat valida la transaction. On trouve indiqué dans l'arrêt, le principe que « des contrats nuls d'après la législation du lieu où ils ont été conclus, doivent être tenus partout pour nuls ».

Il apparaît donc que, bien que dans cet arrêt le contrat fut par ses principaux éléments de rattachement, localisé dans le Maine (le contrat devait être conclu dans cet Etat, où le défendeur avait son domicile et dont la législation faisait produire des effets au contrat), ce n'est pas le droit du Maine qui fut appliqué mais le droit de la province du New-Brunswick où le contrat avait été conclu, et cela par respect pour une règle d'ordre public du droit de cette province.

(1) Cf. *supra* p. 128.

(2) 65 Me. 594 (1876).

La même solution est adoptée ; peut-être avec plus de netteté, dans un arrêt *Akers c. Demond* (1) où la Cour du Massachusetts après avoir proclamé comme règle générale que « la loi du lieu d'exécution est la loi du contrat », ajouta que cette loi n'était pas applicable au cas particulier où il s'agissait de déterminer si la transaction avait ou non un caractère licite, et qu'en pareil cas, la loi du lieu de conclusion devait être seule suivie (2).

Ces deux arrêts semblent donc nettement isoler, sur le terrain de la loi applicable, l'hypothèse où le contrat est contraire à l'ordre public de la loi du lieu de conclusion, en décrétant en pareil cas la nullité du contrat, même si celui-ci est valable, en vertu de la loi normalement applicable comme loi propre du contrat.

C'est là une solution qui trouve sa base dans l'idée que la qualification du contrat n'est pas une question d'autonomie, mais qu'elle dépend essentiellement de la loi. Cette idée est fort bien dégagée dans l'arrêt *Gerli and Co c. Cunard S. S. Co*, précédemment analysé (3), où le juge Hand s'exprima dans les termes suivants : « Un accord

(1) 103 Mass. 318 (1869).

(2) Voici le passage essentiel de l'arrêt, que nous ne traduisons pas, pour en conserver toutes les nuances : « *The general principle is that the law of the place of performance is the law of the contract. This rule applies to the operation and effect of the contract, and to the rights and obligations of the parties under it. But the question of its validity, as affected by the legality of the consideration, or of the transaction upon which it is founded, and in which it took its inception as a contract, must be determined by the law of the state where that transaction was had. No other law can apply to it.* »

(3) *Supra* pp. 137 et s.

(*agreement*) ne devient un contrat que lorsque la loi lui reconnaît cette qualité et il est absolument impossible pour les parties de faire par elles-mêmes de leur accord un contrat. C'est la loi qui fait naître l'obligation contractuelle et les parties n'ont rien à dire sur ce point, pas plus qu'elles n'ont à intervenir pour décider si un acte les rend civilement ou pénalement responsables. » (1).

La règle qu'un contrat est nul lorsqu'il est contraire à l'ordre public de la *lex loci contractus*, s'explique également par l'attachement du droit américain au territorialisme qui conduit à considérer que le contrat prend naissance au lieu où il a été conclu.

Mais il convient de souligner les limites étroites dans lesquelles la *lex loci contractus* est appliquée comme un principe obligatoire pour les parties. Cette loi n'est suivie que lorsqu'elle frappe le contrat d'une nullité d'ordre public et non point pour la détermination de la validité du contrat en général, comme le soutient M. Beale dans son système consacré par le *restatement* (2). La jurisprudence adopte en effet, en dehors du domaine d'ailleurs limité de l'ordre public, le système de la loi du contrat, tel qu'il est compris par le droit anglais.

(1) Ce passage cité dans BEALE, *Treatise*, p. 1090, fait ressortir une conception très curieuse du droit américain, d'après laquelle l'accord de volonté n'est pas en lui-même constitutif d'un contrat, qui seul produit des effets juridiques. Cf. sur ce point: MADRAY, *Des contrats d'après la récente codification privée faite aux Etats-Unis*, 1936, p. 13 et s.

(2) Cf. *supra*, pp. 118 et s.

B. — L'ordre public de la « *lex loci solutionis* »

On trouve dans la jurisprudence américaine, une certaine tendance à consacrer la seconde exception du Professeur Lorenzen à l'application de la loi du contrat (1), en admettant la nullité d'un contrat dont l'exécution est contraire à l'ordre public de la *lex loci solutionis*. Cette solution a été consacrée d'une manière particulièrement nette dans un arrêt *Bothwell c. Buckbee Mears C°* (2).

Un contrat d'assurance avait été conclu dans l'Etat de Maryland entre une compagnie d'assurance ayant son siège dans cet Etat et une entreprise industrielle de l'Etat de Minnesota : l'affaire *Buckbee Mears C°*. Le risque assuré par le contrat était le risque de grève et la compagnie d'assurance se réservait le droit de procéder dans l'Etat de Minnesota, à certaines enquêtes concernant l'activité de la Compagnie *Buckbee Mears C°*, inspection des livres de la Compagnie, visite des chantiers, droit d'interroger des employés de la Société.

Les Tribunaux fédéraux jugèrent que ces divers actes étaient contraires à l'ordre public de l'Etat de Minnesota où ils devaient s'effectuer et, qu'en conséquence, le contrat devait être considéré comme illicite et dès lors nul.

Le même principe a été suivi à propos d'emprunts internationaux contractés aux Etats-Unis, pour déterminer dans quelle monnaie et sur quelle base le paiement pouvait être valablement effectué. Il a été jugé que le *Joint Resolution*

(1) Cf. *supra*, p. 128.

(2) 275, U. S., 274 (1927).

Act du droit américain dispensant le débiteur de l'obligation de payer sur la base de l'or, était sans application lorsque le paiement devait avoir lieu à l'étranger, car c'était la loi du lieu du paiement qui devait être considérée pour déterminer si le paiement pouvait être fait en valeur or (1).

Toute cette jurisprudence relative à l'ordre public de la loi étrangère (*lex loci contractus* ou *lex loci solutionis*), s'explique directement par le principe de droit interne « d'après lequel un contrat est illicite lorsque sa formation ou son exécution est malhonnête ou heurte d'une manière quelconque l'ordre public » (2).

(1) *Affaire Anglo Continental Treuhand A. G. c. St-Louis Southwestern Ry Co*, 81 Fed. (2 d.) 11 (1936), analysé par M. DOMKE au *Clunet*, 1936, p. 1120. Voir aussi dans le même bulletin de jurisprudence de M. DOMKE, deux autres arrêts sur cette question.

Pour une étude comparative de la jurisprudence, en cette matière, cf. REISS, *Portée internationale des lois interdisant la clause or*, Thèse Paris, 1936 et NUSSEBAUM, « *La clause or dans les contrats internationaux* », *Rec. des Cours* (1933), t. I, p. 603 et s.

(2) Cf. § 512 du *Restatement du droit des contrats* et voy. le commentaire qu'en donne M. MADRAY. (MADRAY, *Des contrats d'après la récente codification privée faite aux Etats-Unis. Etude comparée de droit américain et de droit français*, 1936, p. 73).

TITRE II

LE DROIT ANGLAIS

Le morcellement du contrat, bien que théoriquement fort défendable, puisqu'il consiste à soumettre des questions différentes à des lois différentes, est pratiquement une source de complications et de difficultés. Nous avons vu en effet combien la délimitation entre le domaine de la formation du contrat et celui de son exécution s'était révélée délicate en droit américain dans la pratique. Il n'est pas surprenant que l'idée de morceler le contrat soit totalement étrangère au droit anglais. Les juristes anglais attachent trop d'importance aux nécessités de la pratique, pour accepter un système qui, bien que fort défendable théoriquement, entrave les relations d'affaires et nuit au commerce privé international (1).

Au surplus, ce qui caractérise la doctrine anglaise, c'est qu'elle se borne à analyser la jurisprudence, sans prétendre construire des systèmes en quelque sorte en marge du droit

(1) C'est nous l'avons vu, parce que l'application de la loi du domicile en matière de capacité, se révélait dans les contrats d'affaires, comme contraire aux intérêts du commerce privé international, que cette loi a été écartée en faveur de la loi du lieu de conclusion.

positif (1). On ne trouve pas dès lors, en Angleterre comme aux Etats-Unis une opposition entre les systèmes de la doctrine et les solutions de la jurisprudence. Le droit positif ayant consacré le principe de la loi propre du contrat, c'est ce principe qui est préconisé par la doctrine, qui l'analyse.

Mais la conception que les auteurs ont de la loi propre du contrat varie quelque peu. Elle n'est pas la même dans la récente doctrine de M. Cheshire, et dans la doctrine classique de Dicey.

Pour Dicey (2), la loi propre du contrat, c'est la loi d'autonomie. Cet auteur définit en effet la loi propre du contrat (*the proper law of the contract*), comme étant « la loi que

(1) Cf. sur ce caractère essentiellement analytique et pratique de la doctrine anglaise ; HARRISON, *Jurisprudence and the Conflict of Laws* (1919) ; voir aussi en langue française l'article publié par cet auteur au *Clunet*, intitulé, *Le droit international privé ou le conflit des lois au point de vue historique, particulièrement en Angleterre* » (*Clunet*, 1880, p. 417 et s., p. 535 et s.). Cette méthode de la doctrine anglaise est vivement critiquée par les auteurs américains, en général attachées à des méthodes plus systématiques, cf. notamment le compte-rendu que M. BEALE présente de l'ouvrage de DICEY dans la revue juridique de Harvard, et les critiques qu'il adresse à DICEY pour avoir été trop « asservis par la jurisprudence ». 36. *Harv. L. Rev.* 766 (1922).

Il est d'ailleurs à remarquer que M. CHESHIRE dans son tout récent livre de droit international privé (*private international law*. 1935), fait preuve de beaucoup plus d'indépendance à l'égard de la jurisprudence, en se permettant des constructions plus hardies. Cf. le compte-rendu que M. BEALE donne de cet ouvrage dans la *Law Quarterly Review* (40 *L. Q. Rev.* 537 (1935).

(2) DICEY, *op. cit.*, 5^e éd., règle 155, p. 628.

les contractants ont eu en vue au moment de la conclusion du contrat (1). »

M. Cheshire (2), au contraire, l'auteur le plus récent en droit international privé anglais, suivant en cela l'orientation de la doctrine de Westlake (3) adopte une conception plus objective de la « loi propre du contrat », qu'il définit comme étant « la loi du pays auquel le contrat est le plus étroitement attaché ». Pour déterminer cette loi, il faut donc rechercher quelle est la nationalité du contrat (4).

C'est cette seconde conception que la jurisprudence anglaise semble consacrer, car elle limite la volonté des parties dans la détermination de la loi du contrat, en fonction des éléments objectifs du contrat (5). C'est cette conception que nous allons maintenant examiner de plus près en étudiant,

(1) « *The law, or laws, by which the parties to a contract intended, or may fairly be presumed to have intended, the contract to be governed* »...

(2) CHESHIRE, *op. cit.*, pp. 183-184.

(3) WESTLAKE, *op. cit.*, 7^e éd., § 212, p. 302.

(4) « *We ask in each case whether the contract is an English contract, a French contract, a German contract, and so on* ». CHESHIRE, *op. cit.*, pp. 193-184.

(5) Voy. sur le caractère objectif du droit anglo-américain, notamment en ce qui concerne le contrat, *supra* p. 135, note 4). Ce droit répugne à toute recherche psychologique, comme le juge BRIAN l'a bien indiqué dans une décision du XIV^e siècle, lorsqu'il déclarait : « C'est perdre son temps que de rechercher l'intention des hommes, car le diable lui-même ne peut avoir connaissance de ce qui se passe dans le cerveau d'un individu. » (« *Comen erudition est que l'intent d'un homme ne serait pas trayée* [prouvée en cours de justice], *car le diable n'ad conusance de tent de l'homme*. » (Y. B. 17 Edw. IV pl. 2 fol. 2 passage cité par M. le Professeur LÉVY-ULLMANN à son cours de droit international privé de doctorat, professé cette année même (1937-1938) à la Faculté de droit de Paris. (Cf. la sténographie du cours, p. 47).

dans un premier chapitre, comment la loi du contrat est déterminée lorsque les parties ont manifesté leur volonté. Dans un deuxième chapitre, nous verrons comment la loi du contrat est déterminée lorsque les parties n'ont pas manifesté leur volonté ; enfin les limites à l'application de la loi du contrat feront l'objet d'un chapitre III.

CHAPITRE PREMIER

LA DÉTERMINATION DE LA LOI DU CONTRAT LORSQUE LES PARTIES ONT MANIFESTÉ LEUR VOLONTÉ

En droit anglais, les intéressés peuvent valablement se référer à une loi donnée, alors que celle-ci n'est ni la *lex loci contractus*, ni la *lex loci solutionis*. Il ne faudrait cependant pas croire que la volonté des parties soit entièrement libre de choisir n'importe quelle loi.

Les parties, ne peuvent, en effet, choisir qu'une loi ayant avec le contrat « un rapport raisonnable » (*reasonable connection*) (1). La formule est imprécise, mais on voit bien ce dont il s'agit : il faut que la loi choisie par les parties soit celle d'un pays avec lequel le contrat ait certains éléments de rattachement.

De même qu'aux Etats-Unis (2), cette solution s'est développée en Angleterre, comme une conséquence de l'institution du jury. Elle a en effet son fondement dans cette vieille notion du *reasonable man*, qui est si chère aux juristes anglais (3), et qui leur sert de critérium pour détermi-

(1) Cf. CHESHIRE, *Private international law* (1934), p. 186.

(2) Voir *supra* p. 135.

(3) Cf. notamment l'arrêt *The Njegos* (1936), P. 90 (*Annual Survey of*

ner le domaine respectif de la volonté digne de produire des effets et de celle qui ne l'est pas.

Cette limitation de la liberté des parties dans la détermination de la loi du contrat est fréquemment soulignée par les auteurs (1). M. Cheshire (2) la justifie par cet argument que « les intéressés doivent être présumés avoir voulu les conséquences naturelles de leurs actes ».

La jurisprudence, dont le volume est faible, ne fournit point d'exemples de contrats dans lesquels les parties se soient expressément référées à une loi déterminée. Mais on trouve plusieurs arrêts dans lesquels il a été jugé que les parties, en désignant un arbitre ou en rédigeant leur contrat dans une certaine langue, avaient tacitement manifesté leur volonté de se soumettre à la loi de l'arbitre ou à la loi du pays dont la langue avait été utilisée dans le contrat.

La clause compromissoire a été retenue comme une manifestation tacite de volonté en faveur de la loi de l'arbitre dans l'arrêt *Hamlyn and Co c. Talisker Distillery Co* (3).

English law, 1936, pp. 358 et s.), où le juge MERRIMAN pour déterminer la loi du contrat, rechercha quelle devait être l'intention probable de « cette personne hypothétique, l'homme d'affaires raisonnable », (*that hypothetical person; the sensible business man*).

(1) Même par DICEY qui est cependant attaché à la conception subjective de la *proper law*. Cf. DICEY, *Conflict of laws* (2 ed.) note 5, p. 735.

(2) CHESHIRE, *op. cit.*, p. 185.

(3) (1894) A. C. 202. Voy. aussi dans le même sens, les arrêts *Spurrier c. La Cloche* (1902) A. C. 446; *Kwik Hoo Tong Maatshappij c. James Finlay and Co* (1927) A. C. 604; *Anselme Dewar and Fils et Co c. Wilson and N. E. R. Shipping Co* [1931] 39 Ll. L. R. 289 et *Marine Insurance Co c. Assecuranz Union* [1935] 52 Ll. L. Rep. 16. Dans ce dernier arrêt, le droit anglais (droit du pays où l'arbitrage était prévu), fut appliqué, bien

Par un accord conclu en Angleterre, une société anglaise s'était engagée à livrer certaines marchandises à une société écossaise. Le contrat contenait une stipulation prévoyant que toutes les difficultés qui pourraient naître du contrat, seraient soumises à un arbitre anglais. Cette clause, valable en droit anglais, était nulle en droit écossais, du fait de l'absence du nom des parties. Assignée pour inexécution du contrat (*Breach of Contract*) devant le tribunal écossais de première instance, la société anglaise opposa la clause d'arbitrage qui rendait la juridiction saisie incompétente. L'exception d'incompétence fut rejetée par le tribunal, motif pris de ce que la clause était nulle d'après la législation écossaise, laquelle était applicable comme étant *the proper law of the contract*. Cette décision fut infirmée par la *Chambre des Lords* qui jugea que les parties, en désignant un arbitre anglais avaient tacitement entendu soumettre leur contrat au droit anglais.

Très souvent aussi, on a décidé que les parties ont eu l'intention tacite d'adopter la législation du pays dans la langue duquel leur contrat a été rédigé. Cette circonstance a été notamment retenue en matière de transports maritimes. Dans ce genre de contrats, la loi normalement applicable dans la jurisprudence anglaise (*the proper law of the contract*), est la loi du pavillon du navire transporteur (1).

que le contrat ait été conclu en Allemagne et que la loi allemande à la différence de la loi anglaise, lui ait fait produire des effets.

(1) Voy. l'arrêt de principe *Lloyd c. Guibert*, *L. R. I. Q. B.* 115 (1865), rapporté dans HIBBERT, *Leading cases in conflict of laws* (1931), p. 224, où il fut jugé que la loi française était applicable pour déterminer la responsabilité du transporteur, dans un transport maritime, effectué sur

Mais dans plusieurs arrêts, la présomption normale en faveur de l'application de cette loi a été écartée, parce que le contrat était rédigé dans la langue d'un pays autre que celui du pavillon : cette circonstance a été considérée comme une manifestation de volonté tacite en faveur du droit du pays dans la langue duquel le contrat avait été rédigé.

Il en a été ainsi jugé dans un arrêt « *the Adriatic* (1) ». Un contrat avait été conclu en Egypte pour le transport de marchandises, sur un bateau suédois, d'Alexandrie à destination de l'Angleterre. Le droit anglais fut déclaré applicable pour déterminer les droits et obligations découlant du contrat, bien que le navire transporteur ne fut pas un navire anglais et que le contrat eut été conclu à l'étranger, la Cour jugeant que les parties, en rédigeant leur contrat en anglais, avaient eu l'intention tacite de se soumettre au droit anglais.

Il convient de noter qu'aussi bien dans ce dernier arrêt que dans l'arrêt *Hamlyn and Co. v. Talisker Distillery Co.*, la loi appliquée comme correspondant à l'intention tacite des parties, si elle n'était pas toujours *the proper law of the contract*, était du moins la loi d'un pays qui avait un certain rapport avec le contrat. On ne trouve pas dans la

un navire français, le juge WILLES déclarant : « la règle générale dans de pareils contrats, en l'absence d'une manifestation de volonté contraire, est d'appliquer la loi du pavillon du navire. »

(1) (1951) P. 241. Cf. aussi pour la même solution, *The Industrie* (1894), P. 58, suivi par *The Njegos* (1956), P. 90. Dans ces deux arrêts, comme dans l'arrêt *The Adriatic*, le contrat était rédigé en anglais et le droit anglais fut préféré comme loi du contrat, à la loi étrangère du pavillon du navire transporteur.

jurisprudence d'après lequel le statut des parents lorsque celui-ci désignant le loi d'un pays s'oppose même regard avec le statut. Ainsi, ne faut-il pas interrompre à la lettre les termes de certaines décisions, comme celle de *Joy v. Brown*, qui affirme que les parents sont pleinement libres d'inscrire dans leur contrat une stipulation au sujet de l'application de la loi quel que soit le pays (1). La solution des questions se pose aussi que dans les limites d'une loi ayant un rapport raisonnable avec le statut.

(1) *Joy v. Brown* (1884), 12 Q. B. D. 389.

CHAPITRE II

LA DÉTERMINATION DE LA LOI DU CONTRAT LORSQUE LES PARTIES N'ONT PAS MANIFESTÉ LEUR VOLONTÉ

Pour déterminer la loi du contrat en l'absence d'une manifestation de volonté des parties, les juges anglais n'ont pas admis un système de règles générales en la forme de présomptions légales. Ils ont préféré en s'appuyant sur la teneur du contrat, rechercher la loi la mieux placée pour régir le contrat, en conformité avec l'intention probable des parties, sans admettre aucune règle absolue ou générale. La loi ainsi déterminée, à l'aide d'une casuistique expérimentale analogue à celle que nous avons trouvée dans la jurisprudence américaine, sous le couvert de règles générales, est pratiquement presque toujours soit la *lex loci contractus* soit la *lex loci solutionis*.

SECTION I

ARRÊTS AYANT APPLIQUÉ LA « LEX LOCI CONTRACTUS »

La *lex loci contractus* est toujours appliquée en Angleterre, lorsqu'elle coïncide avec la *lex loci solutionis*. Sur ce point, la jurisprudence anglaise concorde avec la juris-

prudence américaine. C'est ce qu'indique clairement le Juge Esher dans l'arrêt *Chatenay c. Brazilian Submarine Telegraph C^o* (1) : « On a toujours admis, dit-il, la conséquence suivante : lorsqu'un contrat est conclu dans un pays et doit être exécuté dans ce pays, s'il n'y a pas de circonstance en faveur de la solution inverse, il faut présumer que les parties ont entendu que le contrat, en ce qui concerne son interprétation et ses effets, ainsi que son mode d'exécution, soit effectivement régi par la loi du pays où il a été conclu ».

Comme dans la jurisprudence américaine, lorsque le contrat doit commencer à être exécuté là où il a été conclu, la loi du lieu de conclusion sera appliquée de préférence à celle du lieu où l'exécution du contrat doit se poursuivre. Il en a été ainsi jugé dans un arrêt *P. and O. Steam Navigation C^o c. Shand* (2).

Il s'agissait de la validité d'une clause de non responsabilité, insérée dans un billet délivré à un voyageur allant d'Angleterre en Mauritanie. La clause, bien que valable en droit anglais, était nulle suivant le droit français en vigueur en Mauritanie. Certains bagages du passager ayant été perdus, il fallut déterminer la responsabilité de la Compagnie de Navigation. La Cour Suprême de la Mauritanie

(1) (1891) 1. Q. B. 79.

(2) (1865) Moo. P. C. (N. S.) 272. La loi du lieu de conclusion est encore appliquée, si l'exécution du contrat doit se terminer au lieu de conclusion du contrat. C'est ainsi qu'il a été jugé dans l'arrêt *The St. Joseph* [1933], P. 119, que le droit de Guatémala était applicable de préférence au droit belge, pour déterminer l'étendue de la responsabilité du transporteur, dans un transport de marchandises effectué d'Anvers à destination du Guataméla, où le contrat avait été conclu.

jugea la clause nulle par application du droit français, qui constituait la *lex loci solutionis*. Le *Privy Council* saisi de l'affaire, rendit une décision en sens contraire, le droit anglais étant jugé applicable comme *lex loci contractus*.

Parmi les circonstances qui déterminèrent le *Privy Council* à adopter cette solution, l'arrêt mentionne tout particulièrement les faits suivants : l'exécution du contrat devait commencer à être effectuée en Angleterre (sur un navire battant pavillon anglais), et le droit anglais faisait produire effet à la clause, qui était au contraire nulle selon le droit français.

Cette dernière circonstance fut également retenue en faveur de l'application de la *lex loci contractus*, dans l'arrêt *Jacobs c. Crédit Lyonnais* (1). Il s'agissait, dans cette affaire, de déterminer les effets de l'inexécution d'un contrat en cas de force majeure et le droit anglais, *lex loci contractus*, fut déclaré applicable comme étant *the proper law of the contract*, à l'exclusion du droit français, *lex loci solutionis*. La Cour justifie la compétence du droit anglais, *lex loci contractus*, par les considérations suivantes : le paiement devait être effectué en Angleterre, l'un des contractants était domicilié dans ce pays et l'application du droit anglais rendait le contrat valable. L'arrêt conclut en déclarant : « Il n'y a absolument rien, dans aucune partie de ce contrat, nous semble-t-il, qui puisse indiquer qu'il doive, de quelque manière que ce soit et en quelque partie que ce soit, être considéré autrement que comme un contrat anglais... ». « Le simple fait qu'un con-

(1) (1884) 12 Q. B. D. 589.

trat de ce genre (conclu en Angleterre, entre des maisons résidant en Angleterre, et d'après lequel le paiement doit être effectué à la suite de la livraison de marchandises expédiées de ce pays à destination d'un port algérien) doit être partiellement exécuté en Algérie, n'empêche pas que ce contrat demeure un contrat anglais, conclu entre négociants anglais, qui doit être régi par le droit anglais, avec toutes les conséquences que le droit anglais attache à l'inexécution d'un tel contrat ».

Ce passage fait bien ressortir la casuistique de la jurisprudence anglaise ; en effet la *lex loci contractus* est appliquée non pas en vertu d'une règle générale, mais comme étant « *the proper law of the contract* ». Si le contrat avait eu ses principaux éléments de rattachement en France, la *lex loci solutionis* eût été appliquée, comme l'ont décidé de nombreux arrêts.

SECTION II

ARRETS AYANT APPLIQUÉ LA « LEX LOCI SOLUTIONIS »

En ce qui concerne l'application de la *lex loci solutionis*, le « *leading case* » en Angleterre, est l'arrêt *Robinson c. Bland* (1) qui remonte à 1760.

Un anglais avait contracté une dette de jeu à Paris, envers un de ses compatriotes, en lui remettant une traite payable en Angleterre. Le débiteur étant ultérieurement décédé, le créancier intente une action pour recouvrer l'argent prêté sur la succession du défunt. En droit anglais, comme en droit français, aucune action n'est accordée pour les dettes de jeu ; aussi la Cour jugea-t-elle, à l'una-

(1) (1760) 2 Burr. 1077.

nimité, que la demande du créancier n'était pas recvable. Mais, comme il arrive souvent en Angleterre, des raisons subsidiaires furent invoquées en faveur de l'application du droit anglais, en tant que *lex loci solutionis*. C'est à cette occasion que le juge Mansfield déclara que le droit anglais était applicable comme étant celui que les parties avaient choisi au moment de la conclusion du contrat et posa un principe, devenu célèbre, d'après lequel : « la loi du lieu de conclusion n'est jamais applicable lorsque les parties ont eu expressément en vue la loi d'un autre pays comme loi devant régir leur contrat ». C'est ce dictum entièrement *obiter causa*, si étrange que cela puisse paraître, qui est à l'origine du développement du principe de l'autonomie de la volonté aux Etats-Unis et en Angleterre.

Parmi les arrêts qui ont appliqué en Angleterre la *lex loci solutionis*, il est intéressant de mentionner encore l'arrêt *In the Missouri Steamship C^o* (1). Il s'agissait comme dans l'arrêt *P. and O. Steam Navigation C^o c. Shand* précédemment rencontré (2), de déterminer la validité d'une clause de non responsabilité, insérée dans un contrat de transport conclu aux Etats-Unis. Le transport devait être effectué des Etats-Unis à destination de l'Angleterre. La clause était nulle suivant la législation américaine, valable au contraire d'après le droit anglais ; la *lex loci solutionis* fut déclarée applicable par les Tribunaux anglais, en première instance et en appel. La solution donnée par cet

(1) (1889) 42 Ch. D. 321, suivi sur des faits identiques par l'arrêt *Jones c. Ocean Steamship C^o* (1924), 2 K. B. 730. Voy. aussi l'arrêt *South African Breweries c. King* (1899), 2 Ch. 173, où la *lex loci solutionis* fut appliquée alors que le contrat devait être exécuté à l'étranger.

(2) Cf. *supra* pp. 179-180.

arrêt diffère donc de celle qui avait été adoptée dans l'affaire *P. and O. Steam Navigation Co c. Shand* dans laquelle, nous l'avons vu, la *lex loci contractus* avait été appliquée.

Pour justifier cette solution, la Cour invoqua les circonstances suivantes : les marchandises avaient été transportées sur un navire anglais, le contrat et le connaissement étaient rédigés dans la forme anglaise, enfin le droit anglais faisait produire plein effet à la clause de non responsabilité. Le Juge Fry définit la méthode de détermination de la « *proper law of the contract* », dans les termes suivants :

« Le principe général à suivre ne fait aucun doute, nous devons considérer l'objet du contrat, le lieu où il a été conclu, le domicile des contractants et les obligations à exécuter, et nous demander quelle peut être l'intention présumée des parties en ce qui concerne la loi qui doit régir leur contrat... ».

Telle est la méthode qu'appliquent les Juges anglais (1),

(1) Cette méthode pour déterminer la loi propre du contrat est également suivie, lorsqu'un Gouvernement est partie au contrat. Cf. sur ce point l'arrêt de la Chambre des Lords du 15 mars 1937, *International Trustee Co c. The King* (1937), 2 All. E. R. 164, *Clunet* 1937, 879, et D. I. 73, avec une note de M. HAMEL, infirmant la décision de première instance (Division du Banc du Roi, 8 nov. 1935, 52 T. L. R. 82, *Clunet* 1936, 905) et celle de la Cour d'appel (Division d'appel du Banc du Roi, 2 nov. 1936 (1936), 3 All. E. R. 407, *Clunet* 1937, 141) et décidant que la loi américaine (*Joint Resolution Act* de 1933) était applicable comme loi du contrat, pour déterminer la validité d'une clause or figurant dans un emprunt émis par le Gouvernement anglais aux Etats-Unis. La méthode de détermination de la loi propre du contrat est décrite dans les termes suivants : « Les principes de droit qui doivent éclairer un Tribunal anglais sur la loi du contrat, sont actuellement bien établis. La loi du contrat est la loi que les parties avaient en vue à la conclusion du contrat... ; s'il n'y a pas d'intention exprimée, le tribunal la présupposera

lesquels ont toujours tendance à admettre la compétence du droit anglais dans tous les cas où cela est possible. Dans les espèces précédemment indiquées, c'est chaque fois le droit anglais qui a été appliqué. Il y a là quelque chose d'inévitable, qui n'est pas spécial à l'Angleterre, et qui se retrouve dans la jurisprudence de tous les pays. En effet, la connaissance du droit étranger est parfois difficile, et le souci d'une justice rapide, tend à limiter les cas où son application est nécessaire (1). Pourtant aux Etats-Unis, comme nous l'avons vu (2), il n'en est pas de même, parce que dans la grande majorité des cas, le droit étranger n'est que le droit d'un Etat voisin. Les Tribunaux américains sont dès lors plus disposés que ceux des autres pays, à faire une large place à l'application du droit étranger.

Compte tenu de cette différence qui tient aux conditions particulières de ces deux pays, et qui n'est qu'accessoire, on peut dire que la jurisprudence anglaise suit, dans la détermination de la loi du contrat, la même méthode que la jurisprudence américaine. En fait, les solutions qui interviennent dans les deux pays sont à peu près identiques, car elles sont basées, dans les deux cas, sur le principe de l'autonomie de la volonté.

d'après les termes du contrat et les circonstances y afférentes. Le tribunal sera guidé dans son étude par les règles qui permettent de déduire de certains faits ou de certaines conditions particulières, l'intention des parties relativement à la loi du contrat — par exemple le lieu de la situation des immeubles si le contrat est relatif à des biens immobiliers, le pays du pavillon sous lequel navigue le navire, qui doit transporter les marchandises en vertu du contrat » (Traduction du *Clunet*).

(1) Voy. sur ce point nos explications à propos de la comparaison avec le droit français dans le Livre II, *infra*, pp. 206-207.

(2) *Infra* pp. 161 et s.

CHAPITRE III

LES LIMITES A L'APPLICATION DE LA LOI DU CONTRAT

On rencontre dans le droit anglais les deux limites à l'application de la loi du contrat que nous avons trouvées en droit américain. En premier lieu, certaines catégories de questions échappent à la compétence normale de la loi du contrat ; en second lieu, la loi du contrat peut se trouver écartée au nom de l'ordre public. Mais dans chacun de ces deux domaines, il existe entre ces deux droits des différences sensibles que nous signalerons chemin faisant.

SECTION I

QUESTIONS ECHAPPANT A LA COMPETENCE NORMALE DE LA LOI DU CONTRAT

Ce sont en général les mêmes questions qu'en droit américain. C'est ainsi que tout ce qui concerne la charge de la preuve et la prescription libératoire, étant considéré comme faisant partie de la procédure, est rattaché à la *lex fori* (1).

(1) Cf. l'excellent chapitre de M. CHESHIRE, *op. cité* pp. 528 et s., consacré à l'étude du domaine des règles de procédure en droit international privé anglais. Cet auteur paraît hostile à l'application de la *lex fori* dans ces deux domaines.

De même les modalités de l'exécution ou du paiement sont soumises à la *lex loci solutionis*, à défaut d'intention contraire (1). Cette solution a été récemment consacrée dans un arrêt *Adelaide Electric Supply Co Ltd c. Prudential Assurance Co Ltd* (2).

Un contrat était libellé en livres, sans qu'il fut spécifié s'il s'agissait de livres anglaises ou australiennes. Le débiteur prétendait se libérer dans la seconde de ces deux monnaies, qui s'était dépréciée par rapport à la première. Cette prétention fut admise par la Cour qui déclara que le paiement devant avoir lieu en Australie, c'était en livres australiennes qu'il devait être effectué. On trouve affirmé dans l'arrêt que, « quelle que soit la loi propre du contrat considéré dans son ensemble, il est admis *prima facie* », que la loi du lieu d'exécution doit être appliquée pour toute obligation contractuelle, devant être exécutée dans un pays autre que celui de la loi propre du contrat... qu'un des éléments essentiels de la *lex loci solutionis*, lorsque l'exécution du contrat comporte le paiement d'une somme d'argent, est la loi monétaire qui est adoptée dans ce pays ».

Cette similitude des solutions américaines et anglaises, sur le terrain de la loi applicable aux modalités de l'exécu-

(1) Pour les raisons indiquées dans l'étude du droit américain (cf. *supra* p. 156, note 1), nous n'aborderons pas ici l'examen de la jurisprudence anglaise relative à la clause or dans les contrats internationaux. Cette jurisprudence est réunie dans le récent ouvrage de M. PLESCH, *The gold clause. A collection of international cases and opinions*, 2^e ed. 1936.

(2) (1934) A. C. 122. Voy. aussi l'arrêt *Broken Hill Proprietary Co Ltd. c. Latham* (1933), 1 Cl. 373, où il fut jugé qu'une société australienne devait effectuer en livres anglaises, le service des intérêts d'obligations, stipulés payables à Londres.

tion et du paiement, s'explique par le fondement utilitaire et pratique que présente dans ce domaine le système de la *lex loci solutionis*.

Cela ressort nettement de l'arrêt *Chatenay c. Brazilian Submarine Telegraph C^o* (1), où le juge Esher déclara : « Le sens pratique des hommes d'affaires est arrivé à dégager cette conclusion, que si un contrat est conclu dans un premier Etat et doit être exécuté dans un second en totalité ou en partie, à moins qu'il n'apparaisse une intention contraire, on peut présumer que les parties entendent qu'il soit exécuté en conformité avec la loi du lieu d'exécution...

Il en résulte que le législateur a posé le principe que si un contrat doit être exécuté dans un pays autre que celui dans lequel il a été conclu, il doit être entièrement exécuté conformément à la loi de ce pays, et on présume que telle a été l'intention des parties ».

Il y a cependant une différence à relever entre le droit américain et le droit anglais en ce qui concerne les questions rattachées à la *lex loci solutionis* : les suites du contrat qui dépendent en droit américain de la *lex loci solutionis* (2), sont au contraire soumises en droit anglais à la loi du contrat, comme en droit français (3). Cette différence est nettement dégagée dans l'arrêt *Jacobs c. Crédit Lyonnais*, que nous avons déjà mentionné (4) à titre d'exemple d'arrêt ayant appliqué la *lex loci contractus* comme loi du contrat.

Un contrat de vente conclu en Angleterre, devait être

(1) (1891), I. Q. B. 79.

(2) Voy. *supra* pp. 156-157.

(3) Cf. *infra* p. 240, le Livre II.

(4) Pp. 180-181.

exécuté en Algérie. Mais son exécution était devenue impossible par suite d'une guerre civile qui avait éclaté en Algérie. Le vendeur, poursuivi par l'acheteur en paiement de dommages-intérêts, invoqua le cas de force majeure prévu par l'article 1148 du Code civil français qui le dispensait de toute réparation.

La Cour Anglaise repoussa cette défense, et jugea que le droit anglais (qui ne dispense pas le débiteur de son obligation en cas de guerre civile) devait, en tant que loi propre du contrat, régir la question des effets de l'inexécution.

Compte tenu de cette différence relative aux suites du contrat qui n'est qu'accessoire et qui s'explique par un territorialisme plus accentué aux Etats-Unis, dû à la nature particulière des conflits de lois dans la fédération américaine (1), on peut dire que les questions échappant à la compétence normale de la loi du contrat sont le plus souvent en droit anglais, les mêmes qu'en droit américain.

SECTION II

LA LOI DU CONTRAT ÉCARTÉE AU NOM DE L'ORDRE PUBLIC

En Angleterre, comme aux Etats-Unis, la loi du contrat est fréquemment écartée au nom de l'ordre public, mais le domaine d'application de cette notion n'y est pas exactement le même.

Lorsqu'il s'agit de l'ordre public de la *lex fori*, c'est-à-

(1) Conflits de lois « interétatiques » s'opposant aux conflits de lois « internationaux », qui se présentent en Angleterre. Sur l'influence de cette distinction quant aux règles des conflits des lois en matière de contrat, voir *infra* pp. 201 et s.

dire de l'ordre public invoqué par un tribunal anglais pour écarter l'application de la loi étrangère, son domaine d'application est infiniment plus vaste en Angleterre qu'aux Etats-Unis. Tandis qu'en effet dans ce dernier pays, l'ordre public n'est invoqué qu'assez rarement, pour les raisons que nous avons exposées précédemment (1), il constitue au contraire en Angleterre, comme l'écrit fort justement M. Knight : « le grand principe qui est à la base du droit anglais de l'Etat lui-même... « *Salus populi suprema lex* »... « la prérogative première de la couronne, l'élément essentiel de l'idée de justice du Roi (2) ».

Lorsqu'il s'agit, au contraire, du respect de l'ordre public de la loi étrangère, le juge anglais éprouve quelque hésitation ; il est moins porté que le juge américain à le reconnaître.

Le principe que l'ordre public de la loi étrangère peut conduire dans certains cas à écarter l'application normale de la loi propre du contrat, est nettement consacré par Dicey. Cet auteur après avoir déclaré que la loi propre du contrat doit être écartée lorsqu'elle heurte l'ordre public anglais, indique en effet deux autres exceptions à l'application de la loi propre du contrat : d'abord, lorsque le contrat est contraire à l'ordre public de la loi du lieu de conclusion et en second lieu, lorsqu'il est contraire à l'ordre public de la loi du lieu d'exécution (3).

(1) Voir *supra* pp. 160 et s.

(2) KNIGHT, *Public policy in English law and Anglo-american law* (1912), 23 *L. Q. Rev.* 207. Cf. sur les diverses applications de l'ordre public de la *lex fori* en matière contractuelle, dans la jurisprudence anglaise, CHESHIRE, *op. cit.*, pp. 298 et s.

(3) DICEY, *The law of England with reference to the Conflict of laws*,

Mais ces deux exceptions à l'application de la loi du contrat, justifiées par le respect de l'ordre public étranger, ont été vivement critiquées par les auteurs modernes. C'est ainsi que M. Cheshire (1) n'admet pas qu'un contrat soit tenu pour nul parce qu'il est contraire à l'ordre public de la loi du lieu de conclusion. « Il est théorique et il n'est pas pratique déclare-t-il, de suggérer qu'un contrat est nul partout, simplement parce qu'il est conclu dans un pays de par la loi duquel il est illicite (*illegal*). Il est au contraire juste d'admettre que le contrat doit être tenu pour nul, si le pays est plus que le lieu de conclusion, si par exemple l'un des contractants y réside ou si l'objet du contrat s'y trouve localisé, même si la loi du lieu de conclusion n'est pas la loi propre du contrat ».

Il est clair que M. Cheshire considère que le *locus contractus* est en soi un lieu trop fragile, trop artificiel, pour que l'ordre public de la *lex loci contractus* soit respecté, lorsque cette loi n'est pas en même temps quelque chose de plus dans ses rapports avec le contrat. Ce refus d'admettre l'ordre public de la *lex loci contractus* est en harmonie avec une tendance que nous avons trouvée dans la doctrine de M. Cheshire, à ne reconnaître d'effet à la *lex loci contractus*, que comme loi propre du contrat.

M. Cheshire admet par contre, que l'ordre public de la *lex loci solutionis* doit être reconnu et qu'il peut

3^e ed. Règle 160; exception 2 et 3. Ce sont les deux exceptions de M. LORENZEN à l'application de la loi qui valide le contrat. Voir sur ce point, *supra* p. 128.

(1) CHESHIRE, *op. cité*, p. 202.

rendre le contrat nul, (1) à la différence d'un récent auteur M. Mann (2), qui lui ne reconnaît aucun effet à l'ordre public de la loi étrangère, que ce soit la *lex loci contractus* ou la *lex loci solutionis*.

La jurisprudence, elle, sanctionne l'ordre public de la loi étrangère, mais avec une certaine hésitation et d'ailleurs de manière différente, suivant que cette loi est la *lex loci contractus* ou au contraire la *lex loci solutionis*.

La jurisprudence anglaise semble assez incertaine dans l'application des deux exceptions de Dicey à la loi propre du contrat.

En ce qui concerne l'ordre public de la *lex loci contractus*, à s'en tenir au seul texte de certains arrêts, on pourrait croire que la jurisprudence admet qu'il entraîne la nullité du contrat. C'est ainsi que dans l'arrêt *In Re Missouri Steamship Co* précédemment signalé (3), on trouve affirmé que « lorsqu'un contrat est nul, comme étant immoral ou contraire au droit positif, le contrat doit être tenu pour nul en tout pays et qu'aucun pays civilisé n'est appelé à le sanctionner ».

Mais cette affirmation de principe était *obiter causa*, car la législation américaine frappait le contrat d'une simple nullité d'ordre privé et non point d'une nullité d'ordre public. Néanmoins elle a exercé une certaine influence dans la jurisprudence postérieure, comme il arrive en Angle-

(1) CHESHIRE, *op. cité*, p. 201.

(2) F. A. MANN, *Proper law and illegality in Private international law*, 18 *Brit. Y. Book* 1937, pp. 97 et s.

(3) Parmi les arrêts ayant appliqué la *lex loci solutionis*, comme loi du contrat, voir *supra* pp. 182-183.

terre du fait du faible volume des arrêts. Dans une décision récente il est dit en effet, « que si un contrat est contraire à l'ordre public de la loi du lieu de conclusion — pas seulement frappé de nullité, mais contraire à l'ordre public (*not merely void and unenforceable, but illegal*), les tribunaux de cet Etat reconnaîtront cette nullité d'ordre public et suivront la loi du pays où le contrat a été conclu (1) ».

Mais, dans cette décision, la loi du lieu de conclusion était en même temps la loi propre du contrat, de telle sorte que cette affirmation de principe constituait elle aussi un dictum *obiter causa*. On peut donc admettre avec M. Cheshire (2), que la première des deux exceptions de Dicey « ne reçoit guère de confirmation dans les arrêts ».

La jurisprudence anglaise semble au contraire consacrer plus nettement la seconde exception de Dicey. On trouve en effet des décisions qui paraissent admettre que l'ordre public de la *lex loci solutionis* doit être respecté. On peut indiquer, par exemple, l'arrêt *Ralli Brothers c. Campania Naviera Sota Y Aznar* (3).

Un contrat avait été conclu en Angleterre entre une compagnie anglaise et une société de navigation espagnole pour le transport de marchandises de Calcutta à Barcelone. Le contrat prévoyait un taux de fret supérieur à celui qui était légalement autorisé en Espagne. La Société espagnole prétendait recouvrer le montant du fret au taux stipulé.

La Division d'appel du Banc du Roi repoussa sa prétention, soutenant que les marchands anglais ne sauraient être

(1) *The Torni* (1932) P. 78, 88.

(2) CHESHIRE, *op. cité*, p. 201.

(3) (1920) I. K. B. 614, aff. (1920) 2 K. B. 287.

tendus à payer un prix de transport plus élevé que celui qui était légalement autorisé par le droit espagnol, vu que l'exécution devait avoir lieu en Espagne et que la loi du lieu d'exécution était compétente pour déterminer si l'exécution n'avait pas été passée en violation d'une prohibition légale. Nous trouvons cité dans l'arrêt, la règle de Dicey (1) « qu'un contrat est en général nul s'il est exécuté d'une manière contraire à l'ordre public de la loi du lieu d'exécution » (2).

Cette même solution a été adoptée dans des arrêts postérieurs (3) et notamment dans un arrêt tout récent de la Chambre des Lords rendu dans l'affaire *De Béeche et autres c. The South American Stores* (4). Il fut jugé qu'un loyer ne pouvait être payé au Chili en traites de première classe

(1) Cf. DICEY, *op. cit.*, 3^e ed., règle 160, exception 3.

(2) On trouve également affirmé dans l'arrêt que « lorsqu'un contrat requiert la passation d'un acte dans un pays étranger, c'est une condition implicite pour la validité de la stipulation, en l'absence de conditions très spéciales, que cet acte ne soit pas prohibé par le droit du pays étranger ». Cf. *Ralli Brothers c. Campania Noviera Sota Y Aznar* (1920), I. K. B. 614 à p. 304.

(3) Cf. *Kursell c. Timbers Operators and Contractors* (1927), 1 K. B. 298. Un contrat avait été conclu en Angleterre pour la vente de bois finlandais. Le vendeur devait exécuter en Finlande des coupes de bois, ce qui était interdit par une loi locale récente. Il fut jugé que le vendeur était dispensé de l'exécution du contrat, contraire à l'ordre public de la *lex loci solutionis*. Cf. aussi *International Trustee Co c. The King* (1936), 3 All. E. R. 407, et l'affirmation de la Cour « qu'un tribunal anglais ne sanctionnera pas un contrat, dont l'exécution est contraire à l'ordre public de la loi du lieu d'exécution ».

(4) Chambre des Lords, 11 déc. 1934, (1935) A. C. 148, analysé dans *Nouv. Rev. droit intern. privé* 1935, p. 386. Voy. aussi dans le même sens: *St-Pierre c. South American Stores* (1936), 1. K. B. 382 (1^{re} décision) et (1937), 1. All. E. R. 206 (2^e décision).

sur Londres, lorsque ce mode de paiement était interdit d'après la loi chilienne et que c'était au Chili que devait avoir lieu le règlement du loyer. On trouve déclaré dans l'arrêt : « que le droit de ce pays (c.-à-d. le droit anglais), n'exigera pas l'exécution d'un contrat, impliquant l'accomplissement d'actes dans un pays étranger, lorsque d'après la nouvelle législation de ce pays ces actes sont illégaux ».

CONCLUSION DU LIVRE I

Au cours de cet exposé des droits américains et anglais, nous avons vu apparaître entre ces deux droits, un certain nombre de différences et de ressemblances dont il convient de déterminer l'importance respective. Nous allons le faire, en considérant successivement les solutions suivies en matière de capacité, dans le domaine des règles de forme et enfin dans celui des conditions de fond et des effets du contrat.

I. — En ce qui concerne la loi applicable à la capacité, nous avons relevé des différences profondes entre le droit américain et le droit anglais : la capacité est en effet rattachée en droit américain à la loi du contrat, étant considérée comme une condition de fond, tandis qu'en droit anglais, elle est soumise à un régime spécial, différent de celui des conditions de fond.

Le système américain de la loi du contrat s'est développé comme une conséquence directe du territorialisme, qui conduit à soumettre à une même loi tout ce qui concerne la formation du contrat et peut être localisé dans un même endroit. Cette solution correspond bien aux conditions géographiques et juridiques des Etats-Unis, fédération d'Etats forte-

ment attachés à leur indépendance et où le principe de l'extra-territorialité de la loi applicable à la capacité ne pourrait pénétrer sans constituer une entrave insupportable au développement des affaires et du crédit, rouage vital de l'économie américaine.

En effet le système de la loi du contrat présente des avantages certains du point de vue des tiers, qui sont à l'abri de toute surprise, la capacité de l'étranger n'étant point soumise à la loi personnelle du contractant, qu'il leur est difficile de connaître, mais à la loi du contrat. Ce système évite en outre les conflits de qualifications susceptibles de se présenter lorsqu'on rattache la capacité à la loi personnelle, pour déterminer si une règle donnée appartient aux règles de capacité ou de forme.

Mais le rattachement de la capacité à la loi du contrat, en vertu de la conception américaine de la capacité n'est pas sans présenter certains inconvénients du point de vue de la protection de l'incapable. Cette solution conduit en effet à substituer à une loi relativement fixe et stable, une loi qui varie avec chaque transaction. Il suffira au contractant de franchir une frontière pour échapper aux incapacités dont sa loi personnelle le frappe.

Il est vrai que les considérations de protection de l'incapable sont en général peu importantes aux Etats-Unis, parce qu'il y a une certaine communauté juridique entre les différents Etats, et parce que les incapables reçoivent en général partout le minimum de protection nécessaire. Néanmoins nous avons vu que ce n'était pas toujours le cas et que parfois l'ordre public était opposé par les tribunaux du domicile, en présence de certaines incapacités jugées parti-

culièrement graves. Cette mise en jeu de l'exception d'ordre public tend à rapprocher quelque peu dans la pratique, les solutions du droit américain et celles auxquelles aboutit le droit anglais, au moyen du système de la loi du domicile.

Le système de la loi du domicile s'est développé en Angleterre, parce que le droit anglais considère, comme le droit français, que les règles de capacité font partie du statut personnel. C'est là une solution qui présente le grand avantage d'assurer à l'incapable le maximum de protection, puisqu'elle donne aux incapacités dont il est frappé un caractère de continuité et de permanence. Cela constitue pour la famille de l'incapable une garantie, celui-ci étant en quelque sorte enfermé dans son statut personnel en quelque pays qu'il contracte. C'est en outre une solution qui présente des avantages de simplicité, du point de vue de la détermination de la loi applicable et d'unité, puisqu'elle fait dépendre de la même loi la capacité et l'état des personnes.

Nous avons vu cependant que le droit anglais avait sacrifié la loi du domicile à la loi du lieu de conclusion dans les contrats d'affaires, en vue de satisfaire aux besoins du commerce. Cette dérogation rapproche singulièrement le droit anglais du droit américain, puisque les contrats d'affaires représentent la grande majorité des contrats, et qu'il y a bien souvent coïncidence en droit américain entre la loi du lieu de conclusion et la loi du contrat, notamment lorsque la loi du lieu de conclusion fait produire des effets au contrat.

D'autre part, pour les contrats autres que les contrats

d'affaires, l'ordre public invoqué aux Etats-Unis par les tribunaux du domicile, rapprochera sur le terrain des solutions pratiques le droit américain du droit anglais.

Malgré des techniques différentes, les deux droits aboutiront donc souvent aux mêmes résultats.

II. — Dans le domaine des conditions de forme, nous retrouvons entre le droit américain et le droit anglais la même opposition qu'en matière de capacité. Le droit américain soumet en effet les règles de forme au même régime que les conditions de fond, c'est la loi du contrat qui leur est applicable. Le droit anglais au contraire, suit pour les formes une règle spéciale de rattachement, il leur applique la loi locale du contrat.

Le système américain présente des avantages de simplicité, du point de vue de la solution du conflit des lois. Il évite en effet des conflits de qualifications dans la délimitation du domaine respectif des conditions de forme et des conditions de fond (1). Il correspond bien aux conditions particulières des Etats-Unis, où l'intensité des relations commerciales, rend nécessaire des règles de conflits de lois d'une application sûre.

Mais l'importance de ces différences entre le droit américain et le droit anglais ne doit pas être exagérée. Ce sont en réalité de simples différences de technique et, sur le terrain des solutions pratiques, les deux droits se rejoignent aussi bien lorsque le contrat est passé dans les for-

(1) Ces conflits de qualifications ont paru insolubles à un auteur allemand, M. FRANKENSTEIN. (Cf. FRANKENSTEIN, *Internationales Privatrecht*, Vol. I (1926), pp. 521 et s.).

mes de la loi locale, que lorsqu'il est passé dans des formes non admises par cette loi.

Si en effet le contrat est passé dans les formes de la loi locale, le droit américain applique pratiquement toujours cette loi, comme loi du contrat (1) et rejoint par conséquent le droit anglais attaché, en matière de forme, au principe de compétence de la loi locale du contrat (2). Les deux droits consacrent donc dans leurs résultats, la règle « *locus regit actum* ».

Si au contraire le contrat n'est pas passé dans les formes de la loi locale, il ne sera pas nécessairement tenu pour nul en droit américain, non plus qu'en droit anglais (3). C'est la reconnaissance dans ces deux droits du caractère facultatif de la règle « *locus regit actum* ».

Il est intéressant de remarquer que l'étendue de l'option reconnue aux parties quant à la loi applicable aux formes sera pratiquement la même aux Etats-Unis et en Angleterre. Il suffira dans l'un et l'autre pays, pour la validité du contrat, qu'à défaut des formes de la loi du lieu de passation, celles de la loi du contrat aient été suivies (4).

(1) C'est la solution consacrée dans l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis : *Scudder c. Union National Bank* (cf. *supra* p. 90). Elle résulte de la tendance des juges américains à choisir comme loi du contrat, celle de la *lex loci contractus* ou de la *lex loci solutionis*, qui fait produire des effets au contrat. (Voir notre analyse de la casuistique suivie par les juges américains dans la détermination de la loi du contrat, *supra* pp. 145 et s.).

(2) *Supra* pp. 100 et s.

(3) *Supra* pp. 102 et s.

(4) Cette solution découle en effet, en droit américain, du principe que la loi du contrat est applicable aux formes (*supra* pp. 89 et s.) et en

III. — Si nous nous tournons vers le problème de la loi applicable à la substance du contrat, c'est-à-dire à ses conditions de fond et à ses effets, nous trouvons une analogie encore plus frappante entre le droit américain et le droit anglais.

Nous avons relevé il est vrai certaines différences. Nous avons vu que la liberté des parties dans le choix de la loi du contrat était plus grande en droit anglais, où les parties peuvent choisir toute loi ayant un rapport raisonnable avec le contrat, qu'en droit américain, où leur choix est au contraire limité à la loi du lieu où le contrat se forme ou à celle du lieu où il s'exécute. Nous avons vu d'autre part, qu'en l'absence d'une manifestation de volonté de la part des intéressés, le droit américain paraissait être attaché à un système de règles générales applicables à tous les contrats et tendant à les morceler, tandis que le droit anglais suivait un système plus simple consistant à dégager une loi propre pour chaque type de contrat, voir même pour chaque contrat, en fonction de sa nature et de ses éléments de rattachement.

Mais en réalité ces différences ne sont qu'accessoires. D'une part, lorsque les parties ont manifesté leur volonté, les deux droits consacrent en définitive l'un et l'autre, bien que peut-être dans une forme légèrement différente, un système de limitation du choix des parties en fonction des éléments objectifs du contrat.

Angleterre de la règle dégagée par M. CHESHIRE et conforme au droit positif, que le contrat pour être valable peut être passé soit dans les formes de la loi du lieu de passation, soit dans les formes de la loi du contrat (cf. *supra* pp. 105-106).

D'autre part, si en l'absence d'une manifestation de volonté de la part des parties, le droit américain consacre le système des règles générales applicables à tous les contrats et les morcelant, il le fait bien plus dans le texte des arrêts que dans leur esprit. Car comme nous l'avons montré, si l'on creuse les arrêts on constate qu'aux Etats-Unis comme en Angleterre, c'est le système de la loi propre du contrat qui triomphe en définitive.

IV. — On peut donc conclure qu'il n'y a de différence entre le droit américain et le droit anglais, en ce domaine des conflits de lois en matière de contrats, qu'en ce qui concerne les règles de capacité et de forme. Ces deux ordres de questions étant rattachées en droit américain à la loi du contrat, et en droit anglais à un régime spécial, différent de celui des conditions de fond.

Cette différence entre la technique du droit américain et celle du droit anglais en matière de capacité et de forme, résulte de ce que les conflits de lois ne présentent pas le même caractère aux Etats-Unis d'Amérique et en Angleterre.

Aux Etats-Unis, les conflits de lois sont soulevés dans la quasi-unanimité des cas par la contrariété des lois en vigueur dans les Etats de la fédération, l'on se trouve en présence de conflits « interétatiques ». En Angleterre au contraire, ce sont le plus souvent des conflits « internationaux » qui se présentent devant les tribunaux (1).

(1) Lorsque le conflit se présente à l'intérieur de l'Empire Britannique, c'est néanmoins la technique des conflits internationaux qui est suivie. C'est là ce que fait bien ressortir DICEY lorsque, s'appuyant sur la Juris-

Les conflits de la première catégorie requièrent des règles d'une application plus simple, plus automatique. De là un attachement plus accentué aux Etats-Unis au territorialisme conduisant à admettre le système d'une loi unique pour déterminer tout ce qui concerne la formation du contrat (1). La seconde catégorie de conflits admet des principes plus souples et mieux adaptés aux besoins du Commerce international ; de là la soumission de la capacité et des formes à un régime différent de celui des conditions de fond, malgré le dépeçage du contrat qui en résulte.

Cette différence entre le caractère international des conflits de loi en Angleterre et leur caractère interétatique aux Etats-Unis, explique également que le juge anglais applique moins volontiers la loi étrangère que le juge américain. Pour le juge anglais en effet, la loi étrangère c'est la loi d'un pays étranger, pour le juge américain c'est le plus souvent la loi d'un Etat de la fédération, ayant une certaine communauté juridique avec le droit du tribunal saisi.

Cette différence d'attitude, quant à l'application de la loi étrangère se traduit dans la détermination de la loi du contrat et dans le fonctionnement de l'ordre public.

En ce qui concerne la détermination de la loi du contrat, la jurisprudence anglaise, il écrit : « les règles de conflits de lois sont appliquées par la Cour Suprême de l'Angleterre, d'une manière vraiment identique à tous les pays, qu'ils soient ou non partie de l'Empire Britannique. Ce fait est mis en lumière par l'appellation de droit étranger, utilisé pour tous pays » (DICEY, *op. cit.*, 2^e ed., p. 71, note 1).

(1) Voy. sur ce point notre article : *De l'adoption d'une loi unique pour résoudre les conflits de lois relatifs à la détermination des conditions de validité des contrats* (Olunet, 1936, pp. 303 et s.).

trat, nous avons relevé une tendance dans la jurisprudence anglaise à déclarer applicable comme loi du contrat, le droit anglais, tandis que nous n'avons trouvé aucune tendance analogue en droit américain (1).

En ce qui concerne par ailleurs l'ordre public, nous avons constaté, que si l'ordre public de la *lex fori* était plus étendu en Angleterre qu'aux Etats-Unis, celui de la loi étrangère l'était moins (2). Il est clair qu'il s'agit là encore d'une manifestation de la même tendance à restreindre davantage l'application de la loi étrangère dans les conflits « internationaux » que dans les conflits « interétatiques ». (3).

Les principales caractéristiques du droit anglais et du droit américain, et leur raison d'être, étant ainsi établies, nous allons maintenant nous tourner vers le droit français, et, envisageant ses principes et ses solutions pratiques, esquisser une comparaison avec les deux systèmes juridiques précédemment examinés. De cette comparaison nous tâcherons ensuite de tirer quelques conclusions utiles.

(1) Cf. *supra* pp. 183-184.

(2) Cf. *supra* pp. 188 et s.).

(3) Il est intéressant de noter que dans les conflits non internationaux sans conflits de souveraineté, la loi étrangère ne peut jamais être écartée au nom de l'ordre public. L'intervention de cette notion présuppose en effet l'existence de législations autonomes. (Cf. en ce sens : ELIESCO, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace, sans conflit de souveraineté* (*Les conflits d'annexion*), 1925, p. 320).

LIVRE II

PARALLÈLE ENTRE LES DROITS AMÉRICAIN ET ANGLAIS ET LE DROIT FRANÇAIS COMPARAISON CRITIQUE

Jusqu'à présent nous n'avons fait qu'exposer les solutions du droit américain et du droit anglais. C'était évidemment la première tâche qui nous incombait. Le droit américain et le droit anglais, s'étant développés dans des conditions différentes de celles du droit français, il était nécessaire d'exposer ces deux droits dans des cadres et suivant une méthode susceptibles de satisfaire le lecteur français.

L'exposé que nous avons été ainsi amené à faire, remplit un objectif pratique. Il correspond aux besoins des avocats internationaux, fréquemment appelés par leurs obligations professionnelles à connaître les règles du conflit des lois en droit américain ou en droit anglais, rendues applicables par le jeu du renvoi.

Mais cette étude vise également, à côté de cet objectif pratique, à satisfaire un objectif scientifique (1), Elle doit

(1) Cf. sur ce double objectif pratique et scientifique du droit comparé : LÉVY-ULLMANN, *Cours de droit international privé de Licence* (1931-1932), pp. 44-45.

nous permettre de mieux comprendre notre droit international privé français et même, dans certains cas, nous guider dans la question de savoir si les principes aujourd'hui en vigueur doivent être conservés ou abandonnés. Pour répondre à ce second objectif, il nous faut maintenant rapprocher les droit américain et anglais du droit français, en vue de déterminer les différences ou, au contraire, les ressemblances qui existent entre ces deux droits et le droit français.

L'exposé des droits américain et anglais a mis en lumière que les principes suivis en matière de capacité, de forme et dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat, bien que présentés par les tribunaux comme étant des principes généraux et absolus, sont fréquemment écartés par divers procédés, dont le plus important mais non le seul, est l'ordre public.

Ces procédés ne sont pas spéciaux au chapitre des contrats, on les retrouve en effet, utilisés à des degrés divers, dans tous les chapitres du droit international privé. Ils ne sont pas propres aux droits américain et anglais, sous des formes qui varient quelque peu, ils se retrouvent dans tous les pays et notamment en France. Ils correspondent à une tendance générale et universelle des juges à déclarer applicable la *lex fori* le plus souvent possible, pour des raisons de commodité dans l'administration de la justice (1).

Une opposition d'un caractère universel apparaît donc entre, d'une part, les principes fondamentaux d'un carac-

(1) Cf. sur cette question : BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Thèse, Paris 1929. pp. 309 et s.

tère absolu qui sont à la base des différents systèmes de droit international privé et, d'autre part, les procédés qui, sous des formes diverses, viennent limiter l'application de ces principes, lorsqu'ils conduisent à l'application de la loi étrangère, en leur donnant un caractère relatif à l'égard de cette loi (1).

C'est sur cette opposition, qui est particulièrement nette en matière de contrats, que nous bâtirons nos explications dans ce Livre II (2). Nous ferons en effet en la forme d'une comparaison critique, un parallèle entre les droits américain et anglais et le droit français, dans une première partie, du point de vue des principes entraînant l'application de la loi étrangère et, dans une seconde partie, au contraire, en ce qui concerne les procédés limitant l'application de cette loi.

Mais après avoir ainsi effectué la comparaison des droits dans ce qu'on pourrait qualifier la technique de leur système, il faudra, dans une troisième partie, considérer les résultats et rechercher quels sont, sur ce dernier terrain, les différences ou, au contraire, les points de contact entre les droits américain et anglais et le droit français.

(1) Comme l'écrit fort justement M. J. DONNEDIEU DE VABRES : « la règle de conflit absolue à l'égard de la *lex fori*, est purement relative à l'égard de la loi étrangère ». (Cf. J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du xx^e siècle*, Thèse, Paris 1937, p. 669).

(2) Cette classification que nous adoptons pour la comparaison des droits américain et anglais avec le droit français, entre les principes entraînant l'application de la loi étrangère et les procédés limitant l'application de cette loi, nous a été inspirée, nous sommes heureux de l'indiquer, par le Cours de droit international privé professé par M. le Professeur LÉVY-ULLMANN à la Faculté de droit de Paris (1931-1932) (cf. p. 402 du Cours)

PREMIERE PARTIE

LES PRINCIPES ENTRAINANT L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE

Les principes de compétence suivis dans les droits américain et anglais, en matière de capacité, de forme, et dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat, entraînent une application fréquente de la loi étrangère.

En droit français, il existe des principes analogues qui tendent parfois, par des voies diverses, aux mêmes résultats. Dans les trois chapitres qui suivent, nous allons les examiner, en recherchant pour chacun d'eux, quels sont les points de contact ou au contraire les divergences qui ressortent du parallèle entre les droits américain et anglais et le droit français.

CHAPITRE PREMIER

LES PRINCIPES DE COMPÉTENCE SUIVIS EN MATIÈRE DE CAPACITÉ

La comparaison du droit américain et du droit anglais quant à la loi applicable à la capacité, nous a révélé une opposition fondamentale entre la technique de ces deux droits. Nous avons vu, en effet, que le droit américain soumettait la capacité à la loi régissant les conditions de fond, tandis qu'au contraire le droit anglais la rattachait à la loi du statut personnel du contractant.

C'est cette seconde technique qui est adoptée par le droit français. Le système américain de la loi du contrat serait difficilement applicable en France. Ce serait une trop grande rupture avec nos conceptions traditionnelles, en vertu desquelles les règles de capacité sont des règles protectrices de la volonté, ayant pour objet de fixer les conditions auxquelles « la volonté de l'homme peut l'obliger » et de permettre « de distinguer la volonté juridiquement digne d'effets, de la volonté considérée comme juridiquement insuffisante » (1).

La généralisation aux Etats-Unis du système de la loi du

(1) BARTIN, *Principes de droit international privé* (1930), vol. I, p. 175.

contrat, repose sur le territorialisme. Son introduction brutale dans le cadre d'un pays unifié comme la France ne serait pas sans comporter de sérieux inconvénients (1).

Si le droit français rattache, comme le droit anglais, la capacité à la loi du statut personnel, des différences sont cependant à relever entre les deux droits sur deux points : d'abord dans le choix de la loi personnelle et, en second lieu, dans le domaine d'application qui lui est reconnu. Sur ces deux points, le droit français adopte des solutions qui dénotent un attachement plus fort que le droit anglais à l'idée de la personnalité des lois.

SECTION I

LE CHOIX DE LA LOI PERSONNELLE

La loi choisie comme loi personnelle du contractant n'est pas la même en droit anglais qu'en droit français, puisqu'au système français de la loi nationale s'oppose, en Angleterre, le système de la loi du domicile.

Cette opposition entre le système de la loi nationale et le système de la loi du domicile constitue l'une des divergences les plus graves du droit international privé. Elle sépare

(1) Cf. en ce sens : BATIFFOL, *Rapport au Comité français de droit international privé sur la capacité de contracter* (Travaux du Comité français de droit international privé, 1934, pp. 34-35). Mais voyez les observations présentées à la suite du rapport de M. BATIFFOL, par M. LEPAULLE, en faveur du système de la loi du contrat (*op. cité, supra* p. 52) et par M. NIBOYET en faveur de l'application de la loi du lieu de conclusion du contrat (*op. cité, supra* p. 43).

en deux groupes les diverses législations, par une cassure qui s'est montrée, jusqu'à ce jour, irréductible ainsi que le révèlent les efforts infructueux déployés en Amérique latine pour établir une loi personnelle uniforme (1).

N'y a-t-il pas cependant un des deux systèmes qui soit meilleur que l'autre, et ne conviendrait-il pas en France d'abandonner la loi nationale en faveur de la loi du domicile ?

La doctrine française est profondément divisée sur ce point (2). On fait valoir en faveur de la loi nationale (3), que cette loi est plus stable que la loi du domicile. On souligne que sa détermination serait plus facile. On ajoute enfin qu'elle est mieux adaptée aux besoins, au tempérament et à la mentalité de celui qu'elle régit.

(1) L'article 7 du Code Bustamente, consacre la dualité des systèmes, dans les termes suivants : « Chaque Etat contractant appliquera aux nationaux des autres, les lois d'ordre public interne de leur domicile ou de leur nationalité, suivant le système adopté par l'Etat auquel ils appartiennent » (Cf. BUSTAMENTE, *Le code de droit international privé et la VI^e Conférence Panaméricaine*, traduit de l'espagnol par P. GOULÉ, Paris, 1929).

(2) Cela ressort notamment des délibérations du Comité français de droit international privé, qui ont suivi les rapports de MM. AUDINET et BATIFFOL sur la loi applicable à la capacité. (Cf. les *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1934, pp. 36 et s.; 1935, pp. 146 et s., et 1936-1937 (actuellement sous presse)).

(3) Parmi les nombreux partisans de la loi nationale on peut notamment mentionner : M. A. AUDINET (cf. son *rapport sur la loi applicable à la capacité de la femme mariée*, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1936-1937 (actuellement sous presse), et M. CRÉMEU (cf. son article intitulé : *L'extension du rôle du domicile dans les règlements des conflits de lois*, *Rev. droit intern. privé*, 1932, p. 341).

En réalité, ces arguments sont fragiles (1). La loi du domicile n'est guère moins stable que la loi nationale, surtout si l'on adopte le système du domicile d'origine. Il convient, d'autre part, de remarquer que si la détermination de la loi du domicile est parfois délicate, celle de la loi nationale ne l'est pas moins, notamment dans le cas de double nationalité. Enfin le dernier argument en faveur de la loi nationale n'est pas plus solide. Il est pour le moins très contestable que la loi nationale soit mieux adaptée que la loi du domicile aux besoins, au tempérament et à la mentalité de celui qu'elle régit. L'individu s'adapte relativement vite aux mœurs du pays où il a établi sa résidence habituelle. Il suivra souvent plus facilement les lois de ce pays que celles de sa nationalité.

On peut même relever sur certains points des avantages certains de la loi du domicile sur la loi nationale. C'est ainsi qu'en France, où de nos jours l'immigration s'est beaucoup développée, la loi du domicile conduirait à l'application de la loi française, dans de nombreux cas où, en vertu de la loi nationale on aboutirait à déclarer applicable la loi étrangère. Or, l'application par trop fréquente de la loi étrangère n'est pas sans présenter des inconvénients

(1) Voyez pour un exposé critique de ces arguments et en faveur de la loi du domicile : LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 3^e éd., 1937, p. 263, n° 236; E. AUDINET, *L'évolution du droit international privé : la loi nationale et la loi du domicile*, *Clunet* 1934, p. 295; NIBOYET *Rapport sur les conflits de lois en matière d'état et de capacité*, Session d'Oslo de l'Institut de droit international (*Ann. de l'Institut de droit international*, 1932, vol. 37, pp. 186 et s.) et enfin, BATIFFOL, *Rapport sur la capacité de contracter* (*Travaux du Comité français de droit international privé*, 1934, p. 24).

auxquels la jurisprudence remédie au moyen de procédés restrictifs. Il en résulte un certain déséquilibre entre le caractère absolu du principe de compétence de la loi nationale et les multiples dérogations que subit ce principe. Aussi paraît-il souhaitable que l'on abandonne en France le système de la loi nationale, dans lequel il entre, suivant l'expression fort heureuse de M. Lerebours-Pigeonnière (1) : « plus de sentiment que de raison », pour revenir au système traditionnel de la loi du domicile (2).

Une proposition de loi sur la capacité du commerçant dans les rapports internationaux, établie par le Comité français de droit international privé, semble admettre dans une certaine mesure le système de la loi du domicile, en posant la règle que « la capacité du commerçant français ou étranger est régie par la loi du pays où il est établi » (3).

(1) Cf. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 3^e éd., p. 266.

(2) Nous avons vu que la loi du domicile avait survécu d'une manière fort heureuse, aussi bien aux Etats-Unis dans l'Etat de Louisiane, qu'au Canada dans la Province de Québec, cette loi étant appliquée dans l'un et l'autre cas en matière de capacité, sans aucune dérogation, tandis qu'en France le système de la loi nationale ne fonctionne qu'à coups d'exceptions. C'est là encore, semble-t-il, une indication très nette de la supériorité de la loi du domicile sur la loi nationale.

(3) Cf. *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1935, p. 168 : *Proposition de loi sur la capacité du commerçant dans les rapports internationaux*, article unique, faisant suite à un très intéressant rapport de M. BATIFFOL, sur la capacité du commerçant étranger en France (*Travaux du Comité*, cité *supra* 1935, pp. 132 et s.). Voy. aussi l'article 1 du *projet de résolution sur les conflits de lois en matière d'état et de capacité*, adopté par l'Institut de droit international à la Session de Cambridge en 1931, sur le rapport de M. NIBOYET (cf. *Ann. de l'Institut de droit international*, 1931, vol. 36, pp. 181-182).

C'est, en somme, la consécration pour la capacité du commerçant d'une dérogation à la loi nationale, en faveur de la loi du lieu où est située la maison de commerce ou l'entreprise. Cette brèche apportée à l'application de la loi nationale, en faveur de la loi du domicile conduira tôt ou tard à soumettre la capacité des non commerçants à la loi du domicile (1).

Il est à noter que l'introduction en France de la loi du domicile serait facilitée si l'on adoptait, comme on l'a judicieusement suggéré, le système transactionnel du domicile d'origine (2). Cette dernière solution présenterait en outre l'avantage de permettre aux partisans de la loi nationale et à ceux de la loi du domicile, de trouver un terrain d'entente au prix d'un effort réalisé de part et d'autre.

SECTION II

LE DOMAINE D'APPLICATION DE LA LOI PERSONNELLE

Ce n'est pas seulement dans le choix de la loi personnelle que le droit anglais diffère du droit français, c'est encore dans le domaine d'application reconnu à cette loi. Si l'on rapproche en effet du droit français les solutions du droit anglais, on constate que la loi personnelle a un champ plus étroit en droit anglais qu'en droit français. Cela résulte essentiellement de ce que le droit anglais, à la différence du

(1) Cf. à ce sujet les observations de M. NIBOYET au Comité français de droit international privé, dans sa séance du 13 mai 1935. (*Travaux du Comité français de droit international privé*, année 1935, p. 155).

(2) Cf. LÉVY-ULLMANN, *Cours de droit international privé de doctorat, professé à la Faculté de droit de Paris* (1934-1935), p. 243.

droit français, écarte, dans les contrats d'affaires, le principe de compétence de la loi personnelle en faveur de la loi locale du contrat. Cette solution, nous en avons indiqué les raisons ; le droit anglais, toujours très préoccupé des solutions pratiques, leur sacrifie plus facilement les principes. Il nous faut maintenant examiner, d'un point de vue doctrinal, quelle est la valeur respective de chacun des deux systèmes.

Le système français paraît au premier abord meilleur que le système anglais, parce qu'il fait preuve dans ses solutions de plus de logique et d'unité. Attaché en effet à la conception d'après laquelle la capacité est un élément du statut personnel, il reste fidèle à cette conception dans tous les cas, tandis que le droit anglais y déroge dans les contrats d'affaires.

Mais, pour apprécier la valeur respective de deux systèmes, il ne suffit pas de les considérer d'un point de vue théorique, il faut encore et surtout rechercher lequel des deux systèmes satisfait le plus complètement les intérêts en jeu (1). Or le problème de la loi applicable à la capacité met en jeu deux ordres d'intérêts qui ont trait à la protection de l'incapable et à la sécurité des transactions pour les tiers. Le droit français, en appliquant systématiquement la loi personnelle, s'il protège l'incapable, sacrifie souvent les tiers (2).

(1) Cf. LEPAULLE, *Nature et méthode du droit international privé*, Clunet, 1936, pp. 284 à 288. Voir dans le même sens : POUND, *Interpretation of legal history* (1923), p. 161.

(2) Notamment dans l'hypothèse du contrat passé par un étranger frappé d'incapacité par sa loi personnelle, d'où le développement de la juris-

Au contraire, le droit anglais concilie l'intérêt de l'incapable avec celui des tiers, puisqu'il donne sa préférence à la loi personnelle, dans les contrats qui intéressent principalement la famille, et à la loi locale dans les contrats d'affaires, qui intéressent surtout les tiers (1).

Il est à noter que même avec le système de la loi locale du contrat, l'intérêt de l'incapable n'est jamais sacrifié comme peut l'être l'intérêt des tiers dans le système français, étant donné que dans tous les pays un minimum de protection est assuré à l'incapable (2).

Du point de vue des intérêts en jeu, le système anglais qui combine la loi personnelle avec la loi locale du contrat, se présente donc comme plus satisfaisant que le système français. Aussi convient-il d'accueillir favorablement un mouvement doctrinal récent qui trouve son expression dans un projet de la société d'études législatives, et qui pose le principe : « que la nullité des actes passés par un étranger, incapable d'après sa loi nationale mais capable d'après la loi française, ne peut être opposée à ceux qui contractent en France » (3).

rudence de l'intérêt national, création vraiment prétorienne, intervenant pour protéger les tiers, en limitant l'application de la loi nationale. (Cf. sur cette jurisprudence, *infra* pp. 267 et s.).

(1) Cf. *supra* pp. 55 et s.

(2) C'est là l'argument essentiel en faveur du système de la loi du contrat. M. NIBOYET l'a fort nettement montré au Comité français de droit international privé. (Cf. les *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1934, p. 44).

(3) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1928, p. 340. Voy. aussi le rapport présenté sur ce projet par M. NIBOYET, *Des modifications à apporter au statut des français en pays étranger et des étrangers en France*, *Rev. droit intern. privé*, 1929, p. 193.

Mais cette solution tendant à consacrer, en l'élargissant quelque peu à la lumière du droit comparé, la jurisprudence de l'intérêt national, n'est pas à notre sens suffisante. Si l'on veut en effet que les solutions de notre droit international privé présentent le caractère de réciprocité, seul digne du respect que se doivent les différents pays, il faut admettre comme l'a fort justement suggéré M. Niboyet (1), la validité du contrat passé par un Français, conformément à la loi étrangère du lieu de conclusion, tout en réservant le cas où le Français aurait contracté à l'étranger uniquement pour frauder la loi française et où le contrat devrait être tenu pour nul (2).

Une pareille réforme aurait un caractère nettement limité, puisqu'elle consisterait simplement à admettre la réciprocité en faveur du droit étranger de la jurisprudence de l'intérêt national, en posant le principe qu'un Français ne peut invoquer à l'étranger au détriment des tiers qui ont contracté avec lui, les incapacités dont le frappe le droit français, de la même manière qu'un étranger ne saurait invoquer en France les incapacités de sa loi personnelle.

Cette disposition serait favorable au commerce international puisqu'elle augmenterait la sécurité des transactions. Elle tendrait en outre à donner au système français un caractère plus nuancé, en faisant disparaître un certain

(1) Cf. les observations présentées sur ce point par M. NIBOYET au Comité français de droit international privé (*Travaux du Comité français de droit international privé*, 1934, pp. 43 et s.).

(2) Cf. sur le fonctionnement de la fraude à la loi dans la jurisprudence française, comme procédé limitant l'application de la loi étrangère en matière de capacité, *infra* pp. 258 et s.

déséquilibre qui existe de nos jours entre le principe de compétence de la loi personnelle, présenté comme un principe général et absolu et les multiples restrictions apportées à ce principe, en faveur de la loi locale du contrat.

Il ne s'agirait nullement d'importer en France de toute pièce le système de la loi locale du contrat, tel qu'il est consacré aux Etats-Unis. La seule idée d'une pareille réforme a été justement critiquée (1), comme constituant une rupture beaucoup trop brutale avec nos conceptions traditionnelles. Remarquons au surplus que ce système, qui s'explique aux Etats-Unis, par le caractère particulier que présentent les conflits de lois entre Etats, n'a jamais été adopté en Angleterre, où le principe général demeure celui de la loi du domicile. Il ne saurait être question d'aller plus loin que le droit anglais.

La réforme envisagée, tout en s'inspirant du droit anglais resterait dans les cadres traditionnels du droit français. Elle n'irait pas en effet jusqu'à reconnaître, comme le fait le droit anglais, une règle de rattachement en faveur de la loi locale dans les contrats d'affaires. Elle se limiterait à consacrer l'inopposabilité des incapacités de la loi personnelle du contractant, aussi bien à l'encontre d'un Français que d'un étranger. Dans ce cadre limité, la réforme ne semble devoir présenter que des avantages.

Le droit anglais offre donc en matière de capacité des solutions dont le juriste français pourrait s'inspirer avec profit. Il est intéressant de remarquer d'ailleurs que le droit

(1) Cf. Jacques DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 511.

anglais représente, tant dans le choix de la loi personnelle que dans son domaine, une sorte de compromis (1) entre le droit français et le droit américain, il en résulte un système qui paraît le plus satisfaisant et le plus adapté à la matière.

(1) Ce caractère transactionnel du droit international privé anglais, s'explique par la formation jurisprudentielle de ce droit, qui est en Angleterre exclusivement l'œuvre des praticiens, la doctrine n'ayant pas comme aux Etats-Unis et en France, construit des systèmes parfois un peu en marge du droit positif. Voir sur le rôle et le caractère de la doctrine anglaise: HARRISON, *On jurisprudence and the Conflict of Laws* (1919) et voir nos développements, *supra* p. 170, note 1.

CHAPITRE II

LES PRINCIPES DE COMPÉTENCE SUIVIS EN MATIÈRE DE FORME

Ici encore, comme en matière de capacité, le droit français suit la technique anglaise consistant à soumettre les formes à un régime spécial, différent des conditions de fond, et prend parti contre le système américain de la loi du contrat. Mais le régime appliqué en matière de forme n'est pas exactement le même qu'en droit anglais.

Le droit français, en vertu de la règle *locus regit actum* soumet le plus souvent, comme le droit anglais, les règles de forme à la loi locale du contrat, mais cette loi n'intervient pas au même titre que dans le droit anglais, et son domaine d'application n'y est pas le même. Sur ces deux points, il convient de faire une comparaison serrée des deux droits.

SECTION I

LE TITRE AUQUEL INTERVIENT LA LOI LOCALE DU CONTRAT

Nous avons vu qu'en droit anglais la loi locale du contrat avait tout d'abord été appliquée comme une règle obligatoire pour les parties. C'était là une conséquence du terri-

torialisme. Nous avons montré qu'à partir de 1862, cette loi n'avait plus été appliquée qu'*utilitatis causa* pour satisfaire les besoins de la pratique et à défaut d'intention contraire des parties.

Une même évolution peut être relevée dans le droit français. En effet, comme M. le Professeur H. Donnedieu de Vabres (1) l'a fort bien montré, la règle *locus regit actum* qui, au milieu du XIX^e siècle, avait encore le caractère d'une règle obligatoire, devait tendre à la fin de ce siècle à acquérir un caractère facultatif. C'est la Cour de Cassation qui, en 1909, dans le fameux arrêt *Gesling c. Viditz* (2), a définitivement consacré le caractère facultatif de la règle et fixé la jurisprudence.

Il s'agissait, dans cet arrêt, de déterminer la validité d'un testament fait en France par une Anglaise dans les formes du droit anglais. La Cour de cassation, cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, jugea que le testament était valable « attendu que cette règle (la règle *locus regit actum*) est simplement facultative en ce qui concerne les testaments privés ; qu'elle a été admise pour faciliter ces actes, accomplis soit par les Français à l'étranger, soit par les étrangers en France, et qu'elle n'a d'autre effet que d'accorder au testateur un droit d'option entre les formes admises par sa loi nationale et celles qui sont exigées par la loi du lieu où il se trouve ».

Le passage rapporté souligne bien le caractère facultatif

(1) Cf. H. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de Conflit des lois* (1905), p. 342.

(2) Cass. civ., 20 juillet 1909 (S. 1915-1-165).

de la règle, qui résulte de ce qu'elle est fondée sur des considérations d'utilité pratique. Il montre bien que la loi locale n'intervient que comme « un substitut à la loi nationale » (1). On sait, au contraire, qu'en droit anglais, cette loi est appliquée en vertu d'un principal général : le principe de compétence en matière de forme de la loi locale du contrat (2). Il y a donc une différence fondamentale entre le droit français et le droit anglais, quant au titre auquel intervient la loi locale du contrat.

Le système français a fait l'objet de critiques. M. Arminjon (3) indique qu'il conduit à ce résultat un peu paradoxal, qu'un même acte pourra être considéré comme valable ou comme nul, suivant qu'il est passé par un national ou par un étranger. Cet auteur soutient qu'une seule loi est applicable à la détermination de la validité du contrat, quant aux conditions de forme : la loi locale du contrat que cette loi fasse produire des effets au contrat, ou qu'elle le rende nul.

Un tel système paraît difficilement acceptable, car il va à l'encontre de la reconnaissance du caractère facultatif de la règle *locus regit actum*, solution que son fondement d'utilité pratique a fait admettre aussi bien en France qu'à l'étranger.

Plus intéressant *de lege ferenda* serait le système de Lainé (4), qui consiste à élargir l'étendue de l'option recon-

(1) L'expression est de M. BARTIN (cf. *ses principes de droit international privé* (1932), vol. 2, p. 440), elle nous paraît heureuse.

(2) Cf. *supra* pp. 101 et s.

(3) Cf. P. ARMINJON, *Les formes des actes en droit international privé*, *Rev. droit intern. privé*, 1926, p. 161.

(4) LAINÉ, *Esquisse d'une théorie de la forme des actes instrumentaires en droit international privé*, *Clunet*, 1908, pp. 321 et s. et 674 et s.

nue aux parties, en leur permettant de choisir l'une quelconque de lois ayant sur le contrat une « légitime influence » : *lex fori*, loi nationale, loi du domicile, *lex loci actus* ou *lex rei sitae*. Un pareil système présenterait en effet, par rapport à celui du droit positif, des avantages certains. Il rapprocherait le droit français des droits américain et anglais et ferait preuve d'une plus grande logique. Pourquoi en effet limiter arbitrairement le choix des parties à deux lois ? Cette solution est contraire aux nécessités du commerce et aux considérations d'utilité pratique, qui conduisent à admettre la validité d'un contrat conforme à toute loi ayant un rapport sérieux avec le contrat.

On trouve dans la doctrine un certain courant en faveur de cet assouplissement de la règle *locus regit actum* (1) et c'est certainement dans cette direction que s'oriente le droit positif. Il y a là en effet, de nos jours, en France, une extension de la loi locale aux dépens de la loi personnelle et de la loi réelle (2).

(1) Cf. notamment les systèmes proposés en matière de forme par DREYFUS (*L'Acte juridique*,^o 1904, pp. 181 et s.) et par M. VALÉRY (*Manuel de droit international privé*, 1914, pp. 391 et s.). Ces systèmes, bien qu'ils soient différents dans leur expression, tendent l'un et l'autre à élargir le champ d'option des parties quant aux formes qu'elles doivent suivre dans leur contrat. Voy. aussi dans le même sens et pour le droit de la Province de Québec : JOHNSON, *The conflict of laws with special reference to the law of the Province of Quebec*, vol. 3, p. 415. Cet auteur suggère que les contractants ne devraient pas être limités aux formes de la loi du domicile ou à celles de la loi du lieu de conclusion, mais qu'ils devraient pouvoir suivre les formes du lieu où le contrat doit recevoir son exécution.

(2) Cf. J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la Jurisprudence fran-*

SECTION II

LE DOMAINE D'APPLICATION DE LA LOI LOCALE
DU CONTRAT

Le droit français diffère quelque peu du droit anglais quant au domaine d'application de la loi locale du contrat. En effet, certaines règles de forme soumises en droit anglais à la loi locale du contrat, ne le sont pas en droit français, et inversement il existe des règles de forme soumises en droit français à la loi locale du contrat, qui sont soustraites en droit anglais à l'application de cette loi.

§ 1. — Formes soumises à la loi locale du contrat
en droit anglais et non en droit français

Ce sont essentiellement les formes habilitantes qui, ayant pour objet la protection de l'incapable qu'elles habilitent, dépendent en droit français de la loi personnelle du contractant (1). Le droit anglais a tendance, au contraire,

çaise en matière de conflit des lois depuis le début du xx^e siècle, Thèse, Paris 1937, pp. 579 et s.

Si la loi nationale est abandonnée en matière de capacité, on conçoit qu'elle le soit aussi en matière de forme, et que dans un avenir assez proche, la jurisprudence française puisse en arriver à consacrer un système d'option plus souple, comme par exemple le système anglais, d'option entre la loi locale et la loi d'autonomie, qui est déjà consacré en Allemagne (cf. l'article 11 de la *loi d'Introduction*). La loi nationale serait alors appliquée non plus à titre de loi personnelle, mais de loi présomptivement choisie par les parties.

(1) Ce rattachement des formes habilitantes à la loi nationale, n'a pas été d'ailleurs sans soulever d'assez sérieuses difficultés, provenant de ce qu'il peut être difficile de distinguer les formes habilitantes, des formes de procédure (Cf. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international*

à leur étendre la *lex loci contractus* en les confondant avec les formes extrinsèques.

La jurisprudence nous en fournit un exemple dans le cas des mariages de mineurs célébrés sans le consentement de leurs parents. Les autorisations à mariage sont en effet qualifiées d'une façon constante par la jurisprudence anglaise de « questions de forme », avec cette conséquence que la validité de ces mariages est déterminée par la *lex loci celebrationis*. Cette qualification permet, nous l'avons vu, d'éliminer la loi étrangère de l'incapable lorsque le mariage est célébré en Angleterre. Mais il ne faudrait pas croire qu'elle ait uniquement pour but de faire appliquer le droit anglais. Ainsi sous l'empire du *Lord Harwicke's Act* de 1753, qui exigeait le consentement des parents pour le mariage des mineurs, des mariages célébrés en Ecosse en violation de cette loi entre personnes domiciliées en Angleterre, furent reconnus valables. La nécessité du consentement des parents prescrit par le *Lord Harwicke's Act*, fut qualifiée de « condition de forme » (1).

Cette opposition entre la qualification française et la qualification anglaise, au sujet du consentement des parents aux mariages des mineurs, apparaît bien au Canada. Dans la province de Québec, restée attachée aux traditions fran-

■
privé, 3^e éd., p. 369). C'est qu'en effet pour la mise en œuvre des formes habilitantes, la procédure intervient souvent, puisque les tribunaux sont appelés à donner leur sanction. Il convient donc dans chaque cas, de délimiter ce domaine respectif de la loi nationale et de la *lex fori*, de même qu'en matière de formes probantes, il faut délimiter le domaine respectif de la *lex fori* et de la règle *locus regit actum* (cf. *infra* p. 229).

(1) Cf. *Compton c. Bearcroft* (1769), 2 Hagg. Con. 444 N.; *Dalrymple c. Dalrymple* (1811), 2 Hagg. and Con. 54.

çaises, la nécessité du consentement des parents est traitée comme une condition de capacité, tandis qu'au contraire, dans les provinces anglaises, c'est la qualification « disposition de forme » qui a prévalu (1).

**§ 2. — Formes soumises à la loi locale du contrat
en droit français et non en droit anglais**

Nous allons étudier ici la situation inverse de la précédente ; certaines formes qui dépendent chez nous de la *lex loci actus*, sont soustraites à l'application de cette loi en Angleterre. Il en est ainsi des formes requises pour la preuve du contrat en justice. Nous avons vu qu'elles étaient rattachées en droit anglais, comme en droit américain à la *lex fori*, étant considérées dans ces deux droits comme des formes de procédure. Cette conception n'est pas celle du droit français qui soumet les formalités de la preuve à la loi locale du contrat au même titre que les formes requises pour la validité du contrat.

Cette solution est consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt *Abdy c. Abdy* (2), où nous trouvons affirmé que « le mode de preuve des actes comme leur forme extérieure est essentiellement réglé par les lois et coutumes, usages et coutumes du pays où ils sont passés ». Elle s'explique par

(1) Cf. sur ce point l'étude de M. FALCONBRIDGE, *Legislative power. Conflict of laws, characterization of parental consent to marriage of minor*, (1935), 13 *Can. B. R.* 42 et les références de jurisprudence. Voir aussi : JOHNSON, *The Conflict of Laws with special reference to the law of the Province of Quebec*, vol. 1 (1935), pp. 286 et s.

(2) Cass. civ., 14 juin 1899, S. 1900-1-225, avec une note de M. PILLET approuvant la décision, *Clunet*, 1922, p. 992 avec une note de M. VALÉRY critiquant la décision.

une certaine confusion dans notre droit entre la preuve et la forme, qui résulte, comme on l'a fort justement écrit (1), de ce que « les exigences de preuve répondent, législativement parlant, aux mêmes besoins que les exigences de forme... Ce sont les exigences même de l'expression certaine et décisive du consentement ».

Il ne faudrait cependant pas croire que les règles de preuve restent en droit français entièrement étrangères à la *lex fori*. Tout ce qui concerne la réglementation complémentaire de la preuve, c'est-à-dire son administration en justice, relève de la *lex fori*, comme faisant partie des formes de procédure (2).

(1) Cf. BARTIN *Principes de droit international privé*, vol. 2 (1932), pp. 92-93.

(2) Cf. en ce sens, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 3^e éd., p. 372.

CHAPITRE III

LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ SUIVI DANS LE DOMAINE DES CONDITIONS DE FOND ET DES EFFETS DU CONTRAT

Dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat, le droit français consacre comme les droits américain et anglais, le principe de l'autonomie de la volonté. Mais, comme aux Etats-Unis et en Angleterre, le principe a été en France vivement critiqué.

Sur le terrain des considérations pratiques, on a fait remarquer que ce principe était d'une application incertaine, car dans la majorité des cas les parties n'ayant pas manifesté leur volonté, le juge peut pratiquement appliquer n'importe quelle loi, au nom de la volonté présumée des parties (1).

Comme la doctrine américaine, la doctrine française a souligné les inconséquences juridiques auxquelles conduit

(1) Cet argument contre le principe de l'autonomie de la volonté est notamment présenté par M. BALOGH (cf. BALOGH, *Le rôle du droit comparé dans le droit international privé*, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1936, vol. II, pp. 571 à 676). Bien que cet auteur soit dans l'ensemble en faveur du principe de l'autonomie de la volonté, parce qu'il contribue à créer « une certaine unité de droit » (cf. *id.*, *op.*, p. 665).

le principe de l'autonomie de la volonté, en permettant aux parties de substituer leur volonté à la loi et de créer librement le contrat. C'est là, déclare-t-on, un résultat inadmissible, car « la volonté n'est jamais supérieure ni parallèle à la loi, mais... doit toujours se mouvoir dans le cercle admis par la législation compétente » (1). En droit interne on distingue à côté des lois facultatives, des lois impératives auxquelles on ne peut déroger par une convention particulière. Ces lois pour atteindre leur but, doivent conserver leur caractère en droit international. Il ne saurait donc y avoir d'autonomie de la volonté, mais seulement une liberté des conventions dans les limites fixées par la loi compétente.

D'après cette conception, le juge devra en présence d'un contrat, déterminer d'abord la loi compétente pour le régir, puis rechercher quelle liberté cette loi laisse aux parties. Ainsi donc le juge, au lieu de partir de l'intention des parties, part de la recherche de la loi compétente. Le point de départ est différent.

Ce système malgré sa logique et l'unité de sa construction se heurte à certains obstacles. Il est en effet nécessaire pour l'appliquer de déterminer la loi compétente pour régir le contrat. Or la doctrine est incertaine sur ce point. Certains auteurs préconisent l'application de la *lex loci contractus* ou de la *lex loci solutionis*. D'autres préfèrent le système de la loi du domicile du débiteur. On a enfin proposé une formule plus souple et qui nous paraît la meil-

(1) Cf. NIBOYET, *op. cité*, p. 803, § 690. Cf. l'analyse de cette théorie des lois obligatoires dans J. REISS, *Portée internationale des lois interdisant la clause or*, Thèse, Paris 1936.

leure, consistant à rechercher la loi applicable à chaque contrat au moyen d'une localisation économique et juridique du contrat considéré (1).

Tant que l'accord ne sera pas réalisé au sujet de la loi applicable au contrat, notamment pour déterminer le domaine de la liberté des conventions, le seul système qui paraît possible, demeure celui de l'autonomie de la volonté et c'est peut-être pour cela, que la jurisprudence de tous les pays lui reste fidèle (2), comme à une sorte de solution de secours (« *emergency solution* ») (3).

Ce système ne présente d'ailleurs guère d'inconvénients, et l'on a quelque peu exagéré les dangers qu'il entraîne dans le domaine impératif, car le droit comparé nous apprend qu'il y a en droit interne une certaine unité entre les règles les plus importantes du droit des obligations, de telle sorte que dans bien des cas, les contractants ne pourront trouver de système juridique, qui leur permette d'éviter les dispositions obligatoires qu'ils désirent tourner (4).

(1) Cf. NIBOYET, *La théorie de l'autonomie de la volonté*, *Rec. des Cours*, 1927, I, pp. 1 à 99 et s. Voy. l'exposé critique de ces divers systèmes dans CALEE, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté*, Thèse, Strasbourg 1927, pp. 367 et s.

(2) Comme le fait ressortir la Cour de Rennes dans un arrêt en date du 26 juillet 1926, *Muller c. Mardelé* (*Revue de droit international privé*, 1927, p. 523), où elle oppose le principe de la liberté des conventions, « règle de droit interne » au principe de l'autonomie de la volonté « règle de droit international ». Cf. le passage de l'arrêt reproduit dans J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 559.

(3) Cf. sur ce point: M. WOLFF, *The choice of law by the parties in international contracts*, (1937), *The Juridical Review*, vol. 49, pp. 110 à 116.

(4) Cf. en ce sens: JEANPRÊTRE, *Les conflits de lois en matière d'obli-*

Par contre le principe de l'autonomie de la volonté présente des avantages pratiques incontestables. Il satisfait en effet par sa souplesse les desiderata du commerce international, puisqu'il laisse à l'homme d'affaires, la faculté de choisir la loi applicable à son contrat. Cette faculté dont les particuliers se servent très rarement dans leurs contrats, l'homme d'affaires l'utilisera souvent. L'habitude s'est en effet développée au cours de ces dernières années d'employer pour le commerce international des formes de contrats préparées d'avance et prévoyant expressément l'application d'une loi donnée (1).

Le principe de l'autonomie de la volonté contribue en outre par son universalité, à créer une certaine unité entre les systèmes de droit international privé des différents pays en matière de contrats, résultat particulièrement heureux pour le développement des relations internationales.

Telles sont les raisons qui expliquent que le principe de l'autonomie de la volonté ait été consacré par la jurisprudence, aussi bien aux Etats-Unis et en Angleterre qu'en France, malgré les critiques dirigées contre lui dans ces trois pays.

Mais si le principe est universel, il revêt suivant les pays

gations contractuelles selon la Jurisprudence et la doctrine aux Etats-Unis (1937), p. 156.

(1) Par exemple dans les marchés de blé entre l'Europe et l'Amérique, on trouve très souvent insérée une clause prévoyant l'application du droit anglais, et l'arbitrage en Angleterre pour toute difficulté susceptible de se présenter. Cf. le texte de la clause de référence au droit et à l'arbitrage anglais dans JÖHLINGER-HISCHSTEIN, *Praxis des getreidesgeschäfts*, pp. 348 et s. (Cité par HAUDEK, *Die bedeutung des Parteivillens im Internationalen Privatrecht* (1931), p. 101).

une expression et une signification quelque peu différentes.

C'est ainsi qu'un certain nombre de particularités sont à signaler dans les droits américain, anglais et français, relativement à la conception du principe de l'autonomie de la volonté et à son domaine d'application.

SECTION I

LA CONCEPTION DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

Nous avons vu qu'en droit américain et en droit anglais (1) les contractants ne peuvent choisir pour régir leur contrat, qu'une loi ayant avec lui un certain rapport et qu'en l'absence de tout choix exprimé par eux, le juge interprète la volonté des contractants, en s'appuyant sur des critères objectifs. Ils recherchent, ce qui paraît être le plus plausible, le plus normal, le plus conforme à l'usage (2).

Il n'en est pas de même en droit français, où les contractants ont la liberté la plus complète. Ils peuvent désigner une loi sans aucun rapport avec le contrat. La faculté

(1) Cf. ci-dessus, pp. 130 et s. et pp. 171 et s. *La loi polonaise du 2 août 1926*, sur le droit international dans son article 8, va même plus loin, en limitant le choix des parties, non plus seulement à une loi ayant un certain rapport avec le contrat, mais à l'une des cinq lois suivantes : loi nationale, loi du domicile, loi du lieu de conclusion, loi du lieu où l'obligation doit être exécutée, loi du lieu de la situation de la chose (Cf. le texte de la loi, dans : *Annuaire de législation étrangère*, 1926, p. 220).

(2) Conformément à la conception objective de l'interprétation du contrat, en droit interne. Voy. sur ce point : MADRAY, *Des contrats d'après la récente codification faite aux États-Unis* (1936), pp. 207 et s.

leur est même reconnue de pouvoir stipuler des règles issues de leur propre volonté et ne correspondant à aucune loi (1).

Par ailleurs le juge français, lorsque la volonté des contractants n'est pas exprimée, ne s'appuie pas sur des critères subjectifs. Il s'efforce au contraire de restituer au contrat, la teneur que les contractant auraient voulu lui donner, en recherchant « à quelle législation ils se seraient le plus probablement référés, si leur attention s'était portée sur ce point » (2). Il ne tranche donc pas à proprement

(1) Cf. en ce sens : Cas. civ, 15 mai 1935, aff. *Prévost c. Hampellé*, *Rev. crit. de droit intern.*, 1935, p. 463 ; au lieu de choisir une loi unique, il est encore possible pour les parties, de choisir plusieurs lois, dont chacune s'applique à un élément du contrat. Voy. sur ce point : CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté*, Thèse, Strasbourg, 1927, p. 445. Voy. aussi HAMEL, *L'application des lois monétaires annulant les clauses or et les principes des conflits de lois*, *Nouv. Rev. droit intern. privé*, 1937, pp. 449 et s. (à p. 509). Ce dernier auteur indique, comme arrêt ayant permis aux parties de combiner plusieurs lois dans leur contrat, un arrêt de la Chambre Civile, en date du 5 décembre 1910, rendu dans l'affaire *American Trading Co c. Society of Navigation « Quebec Steamship Co »* (S. 1911-1-1929, avec une note de Charles JONCAEN), où il fut jugé qu'une stipulation dans un contrat de transport en faveur de l'application du droit de New-York, était valable, alors même que ce contrat contenait une clause de non responsabilité contraire au *Harter Act* du droit américain. Le droit américain était applicable au contrat, pour tout ce qui le concernait, à l'exception de la validité de la clause exonérant le transporteur de toute responsabilité, qui devait être déterminée par le droit français. Il y avait donc une combinaison, par interprétation de la volonté des parties, du droit américain et du droit français.

(2) Cf. l'article 5 du contre-projet de M. ROGUIN sur le *conflit des lois en matière d'obligations contractuelles*, Session d'Edimbourg de l'Institut de droit international, *Ann. de l'Institut. de droit intern.*, 1904, p. 77.

parler un conflit des lois comme le juge américain en se laissant guider par des présomptions légales (1), mais interprète la volonté des parties, « sans être lié par aucune présomption ni absolue ni seulement relative (2). »

Ces différences de solutions découlent d'une opposition entre la conception objective du principe de l'autonomie de la volonté qui est celle du droit américain et la conception subjective de ce même principe, adoptée en droit français.

L'origine de cette opposition doit être recherchée dans la philosophie juridique des deux pays.

Aux Etats-Unis et en Angleterre, comme d'ailleurs en Allemagne, où la conception objective du principe de l'autonomie de la volonté, trouve ses origines dans la doctrine de Savigny (3), on considère que le contrat, bien qu'il ait des attaches avec plusieurs pays n'en est pas moins localisé dans un lieu déterminé, dont la loi constitue sa loi nationale. Le choix des parties en faveur d'une législation donnée étant « un acte de rattachement d'ordre local » (4),

(1) Les présomptions utilisées varient, aux Etats-Unis : *lex loci contractus* ou *lex loci solutionis*; en Angleterre, le système est plus souple, puisque les tribunaux considèrent tous les éléments de rattachement du contrat, pour en déterminer la loi propre. Parfois, comme dans la loi polonaise du 2 août 1926, articles 8 et 9, une liste détaillée de présomptions est établie, en tenant compte de la nature particulière de chaque contrat.

(2) Cf. l'article 5 du contre-projet de M. ROGUIN, cité *supra*.

(3) Cf. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, traduit en français par GUENOUX sous le titre de *Traité de droit romain* (1850), vol. VIII, pp. 232 et s. Voy. sur cette conception allemande : K. WOLFF, Note sous l'arrêt du Reichsgericht du 28 mai 1936, Aff. *Aachener Kreissparkasse c. Giroverband*, *Clunet*, 1936, p. 951.

(4) Expression utilisée par M. K. WOLFF dans sa Note citée *supra*, voy. à p. 957.

ne doit donc pouvoir porter que sur une loi ayant un certain rapport avec le contrat.

Au contraire en droit français, où règne un plus grand individualisme juridique (1), (mis en évidence par la théorie générale des actes juridiques, qui est à peu près complètement ignorée aux Etats-Unis et en Angleterre) (2), le contrat est considéré comme échappant à toute localisation, pour dépendre de la seule volonté des contractants (3) qui peuvent choisir n'importe quelle loi.

(1) Comme l'écrit M. POUND avec beaucoup de finesse: « L'idée qui domine les droits européens, est celle de protéger la volonté et de lui donner effet... au contraire dans notre droit (le droit anglo-américain), ce sont les rapports juridiques qui sont principalement considérés ». Cf. POUND, *The spirit of the Common Law* (1921), p. 21.

(2) A peu près le seul auteur américain qui fasse allusion à cette théorie, est le professeur POUND de Harvard. Il se déclare hostile à son introduction dans le droit des Etats-Unis d'Amérique (Cf. POUND, « *Preliminary report in classification of the law* » (*The American Law Institute proceedings*, vol. II, p. 422).

Par contre en Angleterre, la théorie des actes a été beaucoup plus étudiée, (cf. notamment les intéressants développements que lui consacre HOLLAND, « *The elements of jurisprudence* », 8^e ed., 1896, pp. 102 et s.). Certains auteurs seraient favorables à son adoption par le droit anglais. (Voy. en ce sens: MARKBY, « *Elements of Law* », 6^e ed., p. 124).

(3) Cette conception française de l'Autonomie de la volonté est bien dégagée dans un arrêt de la Cour de Bruxelles, rendu dans l'affaire *Ville d'Anvers* (S. 1937-IV-1, avec une note de M. MESTRE), dans les termes suivants: « Attendu que dans les rapports internationaux, la volonté des contractants a, sous réserve de l'ordre public, le pouvoir de déterminer la loi qui régit le contrat; que c'est de ce pouvoir qu'il a en l'espèce été fait usage par la référence aux lois de l'Etat de New-York; attendu que les parties se sont ainsi appropriées les dispositions des dites lois en les incorporant aux stipulations intervenues entre elles; que ces dispositions changeant de caractère, de légales sont devenues conven-

Cette conception française du principe de l'autonomie de la volonté a soulevé de vives critiques (1). On a fait remarquer qu'il serait plus logique de limiter le choix des parties dans la détermination de la loi du contrat, à une loi ayant un certain rapport avec celui-ci. Puisqu'en droit interne les parties ne peuvent choisir une loi étrangère à leur contrat, pourquoi a-t-on dit le leur permettre en droit international privé ? (2)

On a d'autre part souligné, qu'il y avait un véritable « abus de langage » (3) à parler d'interprétation de la

tionnelles; attendu que c'est dès lors en vertu de l'article 1184 du Code civil belge aux termes duquel les conventions légalement formées tiennent lien de loi à ceux qui les ont faites, que les dispositions de la *Joint Resolution* s'imposent au juge belge, qui est tenu de les appliquer. »

Ce passage met bien en lumière que les parties ne sont soumises, abstraction faite des dispositions d'ordre public, à aucune législation sauf à celle qu'elles ont choisie.

(1) Voy. pour un exposé critique des principaux arguments présentés contre le principe de l'autonomie de la volonté, notamment dans la conception française: G. MAYER, *Zur partei autonomie als Kollisionsnorm*, 44 *Niemeyer's Zeitschrift* 103 (1901).

(2) Cette argumentation a surtout visé la distinction faite par la jurisprudence française, entre les contrats internationaux et les contrats non internationaux du point de vue de la validité de la clause or. Voy. notamment: NUSSEBAUM, *Gold clause abrogation* (1934-1935) 44 *Yale L. J.* 53 et s. à pp. 61-62. Cet auteur reproche à la jurisprudence française, lorsqu'elle valide la clause or dans les contrats internationaux, d'être dirigée par la pensée de favoriser les créanciers français, au détriment des débiteurs étrangers. Cf. aussi du même auteur, sur cette question: *La clause or dans les contrats internationaux*, *Rec. des Cours de l'Acad. de droit intern. de la Haye*, 1933, vol. I, pp. 554 et s.

(3) Cf. PILLET, *Traité pratique de droit international privé* (1923-1924), vol. II, p. 190, n° 488, cité par CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé* (1927), p. 453. Voir aussi dans

volonté des parties, lorsque les parties n'ont manifesté aucune volonté et qu'il serait préférable de reconnaître ouvertement la nécessité de recourir à des règles juridiques.

Ces critiques ont une faible portée pratique. En effet, si l'opposition entre la conception subjective et la conception objective entraîne des conséquences importantes en droit interne (1), elle en a beaucoup moins en droit international privé (2). Ces critiques n'ont d'ailleurs pas enrayé le développement du principe de l'autonomie de la volonté par la jurisprudence française, qui non seulement reste attachée à la conception subjective du principe de l'autonomie de la volonté, mais encore élargit le champ d'application de ce principe.

SECTION II

LE DOMAINE D'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

Le principe de l'autonomie de la volonté a un domaine d'application beaucoup plus étendu en France qu'aux Etats-Unis ou en Angleterre, puisque la plupart des ques-

le même sens une note de M. Louis HENDRICKX, sous un jugement du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 26 janvier 1935, rapporté au *Clunet*, 1937-851.

(1) Notamment en ce qui concerne la formation du contrat, où elle détermine l'opposition entre le système de la volonté déclarée et celui de la volonté réelle et en ce qui concerne son interprétation par le juge, où elle se traduit par l'opposition entre les méthodes objectives et subjectives d'interprétation. (Cf. sur tous ces points, les brillants développements de M. MADRAY, dans son ouvrage intitulé: *Des contrats d'après la récente codification privée faite aux Etats-Unis* (1936), pp. 203 et s.).

(2) Voy. *infra*: la troisième partie, la comparaison des systèmes dans leurs résultats, pp. 289 et s.

tions qui sont soustraites dans les droits américain et anglais à la loi du contrat, dépendent au contraire de cette loi en droit français. C'est ainsi que dans ce droit, la loi du contrat régit les suites du contrat (1), au même titre que ses effets directs et qu'elle est applicable aussi bien pour déterminer la charge de la preuve (2) et la prescription libératoire (3), que pour connaître des conditions de validité

(1) Cf. en ce sens : LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé* (1937), pp. 436-37, n° 358 et voy. notamment : Civ., 12 mai 1930. *Société des Papeteries du Bas-Rhin c. Société Béziers*, *Clunet*, 1931, p. 164. Trib. de com. de la Seine, 26 juillet 1934, *De Galattie c. Banque des Pays de l'Europe Centrale*, *Rev. Crit. de droit intern.*, 1935, p. 144. Nous avons vu ci-dessus (*supra* p. 156), que les suites du contrat sont soustraites à la loi du contrat aux Etats-Unis, mais qu'elles en dépendent au contraire en Angleterre (*supra* pp. 187-188).

(2) Cf. sur ce point : ARMINJON, *La preuve en droit international privé*, *Rev. droit intern. privé*, 1929, pp. 385 et s., à p. 398 ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op. cité supra* p. 370, n° 318 et voy. notamment : Trib. civil de Dreux, 22 juillet 1925, *Clunet*, 1926, p. 643 ; Colmar (1^{re} Chambre), 24 février 1926, aff. *Mayer et Schaumer c. Marande*, *Clunet*, 1927, p. 729. La Jurisprudence autrichienne adopte la qualification de « disposition de procédure », suivie aux Etats-Unis et en Angleterre (*supra* pp. 158-159 et p. 185) ; voy. par exemple : Cour Suprême d'Autriche, 15 avril 1911, *Rev. droit intern. privé*, 1912, p. 147.

(3) Cf. sur ce point : LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op. cité supra* p. 439 et p. 440, n° 358. PHILONENKO, *De la prescription extinctive en droit international privé*, *Clunet*, 1936, pp. 259-283 et pp. 513-546. Voy. pour la jurisprudence la plus récente : BATIFFOL, *Chronique de jurisprudence française*, 1935-1936. *Conflit des lois*, *Rev. crit. droit intern.*, 1937, pp. 419 et s., à p. 440. Cet auteur souligne la tendance des arrêts à appliquer la loi du domicile du débiteur et à « orienter le droit international privé vers la notion d'une loi de créance distincte de la loi du contrat ». Voyez notamment à l'appui de cette solution : Trib. civ. de Nice, 30 mai 1930, *Soc. Patou c. V^{re} Mortimer Harley*, *Rev. droit intern. privé*, 1930, p. 689 ; Cass. civ., 9 janvier 1934, *United States Shipping Board C° c. C^{ie} Forestière de l'Afrique française*, *Rev. crit. droit intern.*,

intrinsèques du contrat (1). Seules les modalités du paiement et de l'exécution échappent à la loi du contrat et sont soumises comme aux Etats-Unis (2) et en Angleterre (3), à 1934, p. 915 et enfin Paris, 21 mai 1935, aff. *Dame Hoffmann c. Roussel-Hoadley*, *Rev. crit. droit. intern.*, 1936, p. 149.

La jurisprudence allemande est au contraire nettement fixée en faveur de la qualification « disposition de procédure » suivie aux Etats-Unis et en Angleterre (*supra* pp. 158-159 et p. 185). Voy. par exemple un arrêt du Reichsgericht du 7 juillet 1934, aff. *H. défendeurs c. The Jewish Colonial Trust demandeurs*, *Rev. crit. droit. intern.*, 1935, p. 447. Dans d'autres pays notamment en Belgique, la jurisprudence est très incertaine. Cf. par exemple: Cons. de Prud'homme d'appel d'Anvers, 28 septembre 1931, aff. *Fabo c. Congo Mane*, *Clunet*, 1934-1151, en faveur de la qualification « disposition de procédure » et Trib. de com. d'Anvers (4^e Ch.), 19 octobre 1932, aff. *Soc. Dryepont et fils c. Agence Maritime et c. Cie du C. F. du Congo*, *Clunet*, 1934-451, en faveur de la qualification « disposition de fond ».

(1) Voy. cependant en matière de cause: Paris, 28 février 1935, *Lutz c. Blondel*, *Rev. crit. droit. intern.*, 1935-748, appliquant la *lex loci solutionis*. Mais cette décision ne saurait être généralisée, car il s'agissait de la loi applicable à une lettre de change, problème spécial. (Cf. en ce sens LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op. cité supra* p. 436, note 1).

La loi du contrat est suivie pour déterminer l'influence des vices du consentement: Cf. Req., 26 décembre 1934, *Planche c. Beaupain*, *Clunet*, 1936, p. 166, contrairement à la théorie de M. BARTIN d'après laquelle il faudrait appliquer en ce domaine la loi personnelle du contractant, au même titre que pour déterminer sa capacité à s'obliger (BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, vol. I (1930), pp. 175-176). Dans la mesure où la lésion est considérée comme un vice du consentement, elle sera elle aussi soumise à la loi du contrat. (Cf. sur ce point: MAURY, *La loi applicable à la lésion dans le contrat*, rapport présenté au Comité français de droit international privé le 23 mars 1936. *Trav. du Comité français de droit international privé*, 1935-1936, p. 70. Voy. aussi l'article de cet auteur intitulé: « *La lésion dans les contrats* », *Rev. crit. droit. intern.*, 1936, p. 344).

(2) *Supra* pp. 155-156.

(3) *Supra* pp. 186-187.

la *lex loci solutionis* (1), qui n'est d'ailleurs appliquée qu'*utilitatis causa* et peut être écartée en présence d'une manifestation de volonté contraire des contractants (2).

D'autre part, nous avons vu ci-dessus (3) qu'aux Etats-Unis et en Angleterre, la loi du contrat pouvait être écartée au nom de l'ordre public de la loi étrangère ; en France au contraire seul l'ordre public de la *lex fori* met en échec l'application de la loi du contrat (4). C'est ainsi que les

(1) Cf. sur ce point: NIBOYET, *Des conflits de lois relatifs au paiement depuis la dernière guerre, d'après la jurisprudence française*, *Rev. droit intern. privé*, 1925, p. 161 à p. 174 et du même auteur: *La théorie de l'autonomie de la volonté*, *Rec. des Cours*, 1927, I, pp. 1 et s., à p. 75 et voy. notamment: Trib. mixte de Tanger, 18 mai 1935, *Dame Colgate c. Bengellonne-Maspero*, *Rev. crit. droit intern.*, 1936, p. 131 et Paris (1^{re} Ch.), 26 mars 1936, *Banque des Pays dits d'Europe Centrale c. Banque française commerciale et financière*, *Rev. crit. droit intern.*, 1936, p. 487.

(2) Cf. notamment: Req., 2 août 1926, *Comptoir d'escompte de Genève c. Delle Abate*, S. 1926-I-338 et Civ. 21 juillet 1936, *Soc. anonyme des papeteries de France c. Montagne et autres*, *Rev. crit. droit intern.*, 1937, p. 173.

(3) *Supra* pp. 163 et s., et pp. 189 et s.

(4) Cf. Colmar (1^{re} Ch.), 16 février 1937, *Geissman c. Bentzinger*, *Rev. crit. droit intern.*, 1937 p. 685, avec une note de M. BATIFFOL, jugeant qu'un contrat ayant pour objet l'exportation de capitaux d'Allemagne en France pouvait être considéré comme valable, alors même que la transaction était illicite en Allemagne, où l'exécution du contrat devait commencer.

Mais bien souvent l'ordre public de la loi étrangère correspond avec l'ordre public international et entraînera en France la nullité du contrat. Voy. par exemple: Trib. civ. Seine (1^{re} Ch.), 2 juillet 1932, *Florsheim c. Delgado, Clunet*, 1933, p. 73, où il fut jugé qu'un contrat ayant pour objet une expédition navale révolutionnaire destinée à renverser le Gouvernement établi de la République de Vénézuéla, était nul comme contraire à l'ordre public international: « Attendu en principe, lit-on dans la décision, qu'il y a lieu de considérer que tout acte, tout accord, tout

lois étrangères interdisant la clause or, ou édictant le cours forcé, sont, malgré leur caractère impératif, sans application devant les tribunaux français (1), qui admettent le principe de l'autonomie de la volonté même dans le domaine des règles impératives et qui tendent par là même à la reconnaissance d'un ordre juridique international, d'où les principes obligatoires seraient absents.

Le principe de l'autonomie de la volonté a donc en France un domaine considérable, au point qu'il en arrive

contrat, s'il est de nature à troubler l'ordre sur le territoire d'un Etat, ou s'il est contraire aux bonnes mœurs, est contraire à l'ordre public international, donc illicite. »

(1) Cf. le jugement du Tribunal civ. de la Seine, en date du 31 mai 1933, rendu dans l'affaire *Crédit Foncier égyptien c. Boncompagne* (jugement confirmé par la Cour de Paris le 3 avril 1936, D. 1936-II-87, avec une note de M. L. MAZEAUD), où l'on trouve affirmé que « le Cours forcé, mesure prise dans l'intérêt national, est restreint au territoire de la nation qui l'institue et ne suit pas les valeurs circulant à l'étranger ; qu'il n'est pas opposable en matière de paiement international ». Voy. sur les problèmes soulevés par les clauses or dans les contrats internationaux, (sujet que nous laissons délibérément de côté pour des raisons précédemment indiquées, *supra* p. 156 note 1), et pour les références de jurisprudence, le récent et remarquable article de M. HAMEL, intitulé : *L'application des lois monétaires annulant les clauses or et les principes de droit international privé*, *Nouv. Rev. droit intern. privé*, 1937, pp. 499 et s. Cf. aussi : LESCHALLIER DE LISLE, *Les notions de paiement international en droit international privé*, Thèse Rennes, 1936 ; NUSSBAUM, *La clause or dans les contrats internationaux*, *Rec. des Cours*, 1933-I-603 ; PENCULESCO, *La monnaie de paiement dans les contrats internationaux*, Thèse Paris, 1937 ; REISS, *Portée internationale des lois interdisant la clause or*, Thèse Paris, 1936. Il convient de rapprocher de cette jurisprudence en matière monétaire, la jurisprudence relative à la clause compromissoire, cf. notamment : Civ., 19 février 1930, aff. *Mardelé c. Muller*, *Clunet*, 1931, 90 ; Civ., 27 janvier 1931, aff. *Dambricourt c. Rossart*, *Clunet*, 1932, 93.

un peu à présenter le caractère d'un principe dérogatoire aux principes traditionnels de solution des conflits de lois, en se rapprochant par là même, de cette autre *exceptio generalis*, qu'est l'ordre public (1), avec cependant cette différence, que tandis que le principe de l'autonomie de la volonté peut conduire à exclusion, aussi bien l'application de la *lex fori* que celle de la loi étrangère, l'ordre public ne conduit qu'à écarter cette dernière loi. C'est essentiellement un procédé d'élimination de la loi étrangère, et c'est à ce titre que nous allons aborder maintenant son étude.

(1) Voy. en ce sens : J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la Jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du* xx^e siècle, Thèse Paris, 1937, p. 552.

DEUXIÈME PARTIE

LES PROCÉDÉS

LIMITANT L'APPLICATION

DE LA LOI ÉTRANGÈRE

Nous avons vu que les principes suivis en matière de capacité, de formes et dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat, subissaient aux États-Unis et en Angleterre, des limitations résultant principalement de l'utilisation par la jurisprudence de certains procédés pour restreindre l'application de la loi étrangère. Il convient de rechercher les procédés qui ont été ainsi utilisés dans les trois ordres de questions au sujet desquelles se présentent les conflits de lois en matière contractuelle : questions relatives à la capacité, questions relatives aux formes, questions relatives aux conditions de fond et aux effets du contrat.

CHAPITRE PREMIER

LES PROCÉDÉS UTILISÉS EN MATIÈRE DE CAPACITÉ

Ces procédés appartiennent à deux catégories différentes, les uns ayant pour effet d'augmenter la protection du contractant, les autres, au contraire, d'étendre celle des tiers (1). Il faut considérer successivement ces deux catégories.

SECTION I

PROCÉDÉS LIMITANT L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE EN VUE D'ÉTENDRE LA PROTECTION DE L'INCAPABLE

Il existe trois procédés permettant de limiter l'application de la loi étrangère pour étendre la protection de l'incapable. Ce sont le renvoi, la fraude à la loi et l'ordre public. Nous allons les considérer successivement, en recherchant

(1) On pourrait également classer ces procédés en distinguant, d'une part des procédés généraux applicables à des degrés divers dans tous les chapitres du droit international privé, et d'autre part, des procédés spéciaux exclusivement utilisés en matière de capacité. Cf. sur cette distinction : BATIEFFOL, « *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France* », Thèse Paris, 1929, p. 227.

pour chacun d'eux, comment ils ont été utilisés aux Etats-Unis, en Angleterre, et en France.

§ 1. — Le renvoi

Le renvoi permet d'esquiver l'application de la loi étrangère en faisant appel au système de droit international privé du droit étranger, renvoyant lui-même à la *lex fori*.

Nous n'avons pas rencontré ce procédé d'élimination de la loi étrangère aux Etats-Unis. C'est qu'en effet la doctrine américaine est unanime à repousser le renvoi (1).

Cette solution justifiée essentiellement par l'argument habituel de la souveraineté (2), s'explique aussi par cette considération, que le système américain étant tout particulièrement attaché au territorialisme, le renvoi ne pourrait y accomplir sa fonction normale, qui est de substituer

(1) Cf. BEALE, *Treatise*, pp. 55 et s.

M. BEALE a fait consacrer cette solution dans *Restatement* au § 7 (cf. son traité, p. 56). M. LORENZEN lui-même, qui a pourtant en général, en matière de conflit des lois, des idées très éloignées de celles de M. BEALE, se déclare hostile à l'admission du renvoi, comme étant une solution « inadmissible en théorie et ne présentant aucun avantage sérieux, qui justifie son adoption pour des raisons d'ordre pratique ». Cf. LORENZEN, « *The renvoi theory and the application of foreign law* » (1910) 10 *Col. L. Rev.* 190 et s. et 332 et s.

Sur la question du Renvoi en droit américain et pour l'analyse de la jurisprudence, voir aussi : LORENZEN, « *The renvoi doctrine in the conflict of laws* » (1917) 27 *Yale Law Journal* 509 ; SCHREIBER, « *The doctrine of renvoi in anglo-american law* » (1917) 31 *Harv. L. Rev.* 523.

(2) Cet argument est notamment mis en avant par M. BEALE. (Cf. BEALE, *Treatise*, p. 56). Voy. pour sa critique, LÉVY-ULLMANN, *Cours de droit international privé* (1931-1932), p. 489.

une loi territoriale à une loi personnelle (1). Il ne pourrait qu'entraîner en se fondant sur le système de conflit étranger, la substitution d'une loi personnelle à une loi territoriale. Or c'est là un résultat qui répugne à la doctrine, laquelle évolue au contraire vers une conception plus systématique du territorialisme (2).

Le renvoi est également repoussé par une jurisprudence constante (3). Mais un arrêt tout récent semble indiquer la possibilité d'une orientation plus libérale consistant à admettre le renvoi dans le cas où cela permettrait d'éliminer la loi étrangère. Il s'agit de l'arrêt *University of Chicago c. Dater* (4), rendu le 8 décembre 1936 par la Cour Suprême du Michigan et dont il convient de dire quelques mots, car il marque un revirement de jurisprudence du plus grand intérêt.

Une femme mariée domiciliée dans le Michigan, y avait signé des traites payables à son créancier dans l'Illinois, pour le montant d'un prêt garanti par une hypothèque, qu'elle avait consenti sur un immeuble lui appartenant en

(1) Cf. en ce sens, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 3^e éd., p. 292, note 1.

(2) Cette tendance est surtout mise en lumière par la doctrine de M. BEALE, car la doctrine de M. LORENZEN marque à certains égards une régression du territorialisme, que cet auteur n'admet pas d'une manière systématique, mais simplement opportuniste. Cf. à ce sujet notre étude : « L'œuvre du professeur Beale de Harvard », *Revue critique de droit international*, 1936, pp. 86 et s. Voir aussi sur ce point, nos développements sur les systèmes de la doctrine aux Etats-Unis, *supra* pp. 115 et s.

(3) Cf. l'arrêt de principe *In Re Tallmadge* 109 Misc. 696 (1919), et les raisons qui sont données en faveur du rejet du renvoi.

(4) 270 N. W. 175 (Mich. 1936), arrêt analysé dans 21 *Minn. L. Rev.* 139 (1937) et 50 *Harv. L. Rev.* 1159 (1937).

Illinois. Elle était incapable d'accomplir cette opération d'après la législation du Michigan, mais habile à s'obliger d'après la loi de l'Illinois. La Cour, confirmant le jugement du Tribunal de Première Instance, déclara applicable le droit du Michigan, et en conséquence l'engagement fut tenu pour nul. Cet arrêt fut rendu par quatre juges contre trois. Les motifs sont intéressants à analyser.

L'opinion de la Cour fut délivrée par le Juge Sharpe, qui considéra que le droit du Michigan était applicable, aussi bien en vertu du système de la *lex loci contractus*, qu'en vertu de celui de la *lex loci solutionis*. D'après le premier système il était directement, d'après le second indirectement par le renvoi du droit de l'Illinois, *lex loci solutionis*, au droit Michigan, *lex loci contractus*, car la jurisprudence de l'Illinois est en faveur de la *lex loci contractus*, et le juge Sharpe cite un arrêt établissant cette solution et rendu par la Cour Suprême d'Illinois (1).

Mais trois des juges parmi les sept qui siégeaient, s'élevèrent contre cette solution et se prononcèrent en faveur de l'application du droit de l'Illinois, comme constituant la loi propre du contrat (2). Le juge Butzel parlant au nom

(1) *Burr c. Beckler*, 264 Ill. 230.

(2) Le juge SHARPE, parlant ainsi que le juge BUTZEL au nom de la minorité, justifie l'application du droit de l'Illinois comme loi du contrat, par le fait que le contrat se trouve localisé dans cet Etat. Voici en effet comment s'exprime ce juge: « Dans l'affaire considérée, toutes les négociations pour le prêt se sont déroulées à Chicago... C'est là que l'argent emprunté fut payé ce qui constituait le dernier acte de la transaction et en faisait un contrat d'Illinois » (« *Illinois contract* »).

C'est la méthode de détermination de la loi du contrat, en fonction d'une localisation de celui-ci. Nous l'avons trouvée consacrée *expressis*

des juges dissidents, souligna les inconvénients qu'entraînerait le renvoi en matière contractuelle. « Ce serait, déclarait-il, une source d'infinie confusion, puisqu'il serait nécessaire d'examiner dans chaque cas comment la loi du contrat est déterminée dans les décisions d'Etats étrangers ». Il indiqua d'autre part que de toute manière, le renvoi (1)

verbis dans les arrêts les plus récents (voir l'analyse de cette jurisprudence, *supra* pp. 146 et s.).

(1) Le juge BUTZEL paraît considérer dans certains passages de son jugement, qu'il est en présence non pas du renvoi, mais des qualifications. « Le problème qui se présente devant nous dans la présente affaire, déclare-t-il, est appelé par les auteurs un problème de qualification ». C'est là une confusion qui a été heureusement aperçue dans les notes doctrinales publiées sur cette décision, soit dans la *Revue juridique de Harvard* (cf. (1937) 50 *Harv. Law Rev.* 1158), soit dans la *Revue juridique d'Illinois* (cf. (1937) 21 *Ill. Law Rev.* 739). Ces notes indiquent toutes en effet qu'il s'agit du problème du Renvoi.

Cette confusion de l'arrêt entre le renvoi et les qualifications est regrettable, car elle diminue sa clarté. Elle s'explique par le fait que les théories du renvoi et des qualifications sont restées aux Etats-Unis, ignorées à peu près complètement des auteurs jusqu'à une époque récente. M. LORENZEN a été le premier auteur américain à étudier ces deux problèmes (cf. LORENZEN, *The Renvoi theory and the application of foreign law* (1910), 10 *Col. L. Rev.*, pp. 190 et s., 332 et s.; *The theory of qualification and the conflict of laws* (1920), 20 *Col. L. Rev.*, pp. 247 et s.). Depuis lors, ils ont été étudiés au Canada par M. FALCONBRIDGE qui suggère le mot *Characterization* comme traduction au terme qualification (cf. FALCONBRIDGE, *Law of Mortgage*, 2^e ed., 1931, p. 734). Cet auteur a consacré deux récentes études au problème des qualifications dans la jurisprudence canadienne (cf. FALCONBRIDGE, *Conflict of laws: example of Characterization* (1937), 15 *Can. B. Rev.* 215; *Characterization in the conflict of law* (1937), 53 *L. Q. Rev.* 235).

Il faut être particulièrement reconnaissant à M. BEALE d'avoir précisé et discuté les théories générales du renvoi et des qualifications (c. BEALE,

ne pouvait être admis dans l'Etat du Michigan, puisque la jurisprudence de cet Etat était nettement fixée dans le sens contraire (1).

Si la Cour Suprême du Michigan a consacré le renvoi dans l'arrêt *University of Chicago c. Dater*, contrairement à une tradition jurisprudentielle et doctrinale bien établie, c'est que cette solution permettait de concilier le système de la *lex loci contractus* et le système de la *lex loci solutionis*, puisque comme le fait ressortir l'arrêt, le droit du Michigan était applicable en tout état de cause, soit directement en vertu du principe de compétence de la *lex loci contractus*, soit indirectement en vertu de la *lex loci solutionis*, par le renvoi de la *lex loci solutionis* à la *lex loci contractus*. Le renvoi jouait donc un rôle de conciliation des plus utiles (1).

Mais l'admission du renvoi dans cet arrêt peut s'expliquer par une seconde raison. Cette solution permettait à la Cour Suprême du Michigan d'assurer la protection de la contractante domiciliée sur son territoire. Le renvoi constituait donc un expédient pour éliminer la loi étrangère et augmenter la protection du contractant. L'ordre public, procédé habituel d'élimination de la loi étrangère n'aurait pu être invoquée dans notre arrêt parce que l'incapacité dont la

Treatise, pp. 55 et s. Voir aussi le *Restatement*, § 7 a et b). Cela évitera de nouvelles confusions en jurisprudence entre les deux problèmes.

(1) Voy. sur cette fonction conciliatrice du renvoi, qui constitue le principal argument en sa faveur : LÉVY-ULLMANN, *Cours de Droit international privé* (1931-1932), p. 489. Voir aussi : J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois, depuis le début du xx^e siècle*, Thèse, Paris 1937.

législation du Michigan frappait la femme mariée, n'était qu'une incapacité spéciale (1), et qu'il faut pour que l'ordre public soit opposé par les Tribunaux du domicile, que la loi du domicile établisse à l'encontre du contractant une incapacité générale (2).

Nous n'avons pas rencontré dans la jurisprudence anglaise, d'arrêts faisant intervenir le renvoi pour éliminer la loi étrangère. Ce n'est point surprenant, étant donné le faible volume de cette jurisprudence.

La question du renvoi ne s'est guère présentée en Angleterre qu'à propos de la détermination de la loi applicable au testament. En général le renvoi a été admis mais c'est un renvoi d'un type spécial. Le juge anglais n'applique pas le système de droit international privé du pays étranger auquel renvoient les règles de conflit des lois du *forum*, il juge l'affaire, comme si elle se présentait devant la Cour étrangère (3). Dans le cas le plus fréquent, celui du testament passé en France par des Anglais, le renvoi tel qu'il est compris en Angleterre conduit à l'application du droit interne français, comme si la question de la validité du testament se posait devant une juridiction française. Ainsi

(1) Voir sur la législation du Michigan concernant l'incapacité de la femme mariée: WILLISTON, *On contracts*, 1^{re} éd., § 269.

(2) Voir aussi sur ce point l'exposé du droit américain en matière de capacité, *supra* pp. 48 et s.

(3) Voir en ce sens: CHESHIRE, *Private international law* (1935), p. 138 et les références de jurisprudence. C'est un peu la conception du renvoi de M. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (cf. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, 3^e éd., § 260, pp. 292 et s.).

avec leur conception du renvoi, les Tribunaux anglais arrivent au même résultat que s'ils repoussaient le renvoi (1). Cette solution commence d'ailleurs à être préconisée par la doctrine (2).

La Jurisprudence française est dans son ensemble favorable au renvoi, malgré les vives critiques qu'élève la doctrine contre cette solution. C'est que le renvoi constitue un expédient permettant d'assurer l'application de la loi française, comme le fait bien ressortir le rapport du Conseiller Denis dans l'arrêt *Soulié* (3), où il est dit : « que la loi française de droit international privé ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international étrangère, qu'il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé et à ce

(1) Cf. en ce sens : BALOGH, *Le rôle du droit comparé dans le droit international privé*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1936, III, pp. 577 et s., à p. 625. Particulièrement frappant à cet égard, est l'arrêt *In re Annesley* (1926) Ch. 692. Voir l'analyse que nous en donnons dans notre article intitulé : *L'œuvre du Professeur Beale de Harvard*, *Rev. crit. droit intern.*, 1936, pp. 86 et s., à p. 94. Voir aussi pour une analyse de la jurisprudence anglaise en matière de renvoi : A. ELKIN, *La doctrine du renvoi en droit anglais*, *Clunet* 1934, pp. 377 et s. ; A. MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Renvoi in modern English law*, Oxford, 1937 (publié par M. CHESHIRE après la mort de l'auteur).

(2) Il est intéressant de remarquer que, tandis que DICEY (*op. cité*, 2^e éd., p. 715) et WESTLAKE (*op. cité*, 7^e éd., p. 863) étaient partisans du renvoi, le Professeur CHESHIRE paraît prendre parti contre le renvoi (cf. CHESHIRE, *op. cité*, p. 141).

(3) Cass. Req., 1^{er} mars 1910, *Rev. de droit international privé*, 1910, 870. Le passage rapporté a été cité par M. le Professeur LÉVY-ULLMANN à son *Cours de droit international privé*, professé à la Faculté de droit de Paris, année 1931-1932, pp. 484-485.

que la loi française régit d'après ses propres vues les intérêts qui naissent sur son territoire ».

Ce procédé d'élimination de la loi étrangère que constitue le renvoi, a reçu une large application en matière de capacité. Il conduit à augmenter la protection de l'incapable. C'est ainsi que le renvoi est admis dans le cas de contrats passés par des femmes mariées étrangères ayant une capacité juridique plus étendue dans leur législation nationale qu'en droit français. Cette solution est notamment consacrée dans un jugement du Tribunal civil de Pau du 28 juillet 1904 (1), où il fut jugé que la capacité d'une femme mariée américaine domiciliée en France, de contracter dans ce pays, devait être déterminée par la loi française. Le Tribunal justifia cette solution dans les termes suivants :

« Attendu qu'il est de jurisprudence constante que l'incapacité de la femme mariée est toujours de statut personnel ; qu'il en résulte que lorsqu'il s'agit d'un étranger appartenant à un Etat dont les lois font prévaloir, en matière de statut personnel, la loi du domicile sur la loi nationale, le Tribunal français saisi devra faire à cet étranger domicilié en France, application de la loi française... en vertu du renvoi à la loi du domicile édicté par sa propre législation ».

On ne peut trouver un attendu plus clair, c'est le renvoi de la loi nationale à la loi du domicile, c'est l'application

(1) D^{lle} L. G. M. c. *Epoux P...*, *Clunet* 1905, p. 194. Cf. aussi pour l'admission du renvoi dans l'hypothèse de contrats passés par des femmes mariées : Tribunal de commerce du Havre, 9 nov. 1891, *Aff. Adderly c. Langstaff*, *Clunet* 1892, 1141 ; Tribunal d'arrondissement de Pontoise, 11 juillet 1894, *Aff. Abdy c. Abdy*, *Clunet* 1895, 105.

du droit anglais, considéré comme un tout avec ses règles de droit international privé.

On rencontre cependant dans la Jurisprudence un certain courant contraire au renvoi, dans l'hypothèse des contrats passés par des femmes mariées étrangères. On peut indiquer notamment un jugement du Tribunal civil de la Seine du 10 février 1893 (1), rendu dans une affaire dans laquelle les noms des parties sont restés anonymes. Il s'agissait en l'espèce de déterminer la validité de certains achats, qu'une femme mariée anglaise, domiciliée en France, y avait fait. En vertu du droit anglais, cette femme était pleinement capable, alors qu'au contraire elle était incapable d'après le droit français. La contractante invoquait son incapacité d'après la législation française qui aurait été applicable comme étant la loi de son domicile. Elle fut déboutée de sa demande, et le droit anglais fut déclaré applicable, le renvoi étant repoussé. La contractante devait donc être tenue en vertu de ses engagements.

Il convient de souligner le caractère économique de cette décision. Si l'on avait admis le renvoi, cela aurait conduit à permettre à la femme anglaise d'invoquer une incapacité, qui n'existait pas dans sa loi nationale, au détriment des intérêts français. Comme le substitut Vuebat le fit fort bien remarquer, on serait arrivé à ce fait vraiment fâcheux que le créancier français aurait été moins bien traité parce qu'il avait poursuivi sa débitrice anglaise devant des Tribunaux français, au lieu de la poursuivre en Angleterre. Aussi le Substitut Vuebat avait-il proposé que toute en

(1) *Clunet* 1893, 530. Cf. aussi Tribunal civil de la Seine, 9 juin 1905, *Aff. Eyrès c. Dœuillet*, *Clunet* 1905, p. 1040.

admettant le principe du renvoi, on ne permette point à la débitrice de venir invoquer en France une incapacité dont elle n'aurait pu se prévaloir devant les Tribunaux anglais. Le Tribunal civil de la Seine s'opposa purement et simplement au renvoi, en arrivant par la voie la plus directe à la solution qui assurait le plus complètement la protection des créanciers français : l'application du droit anglais.

Il est intéressant de souligner que l'incapacité de la femme mariée est la seule des incapacités légales pour lesquelles la jurisprudence française rejette le renvoi. Pour les autres incapacités, notamment pour celles qui résultent de l'interdiction judiciaire, de la minorité matrimoniale ou de la dation d'un conseil judiciaire, le renvoi est en effet admis par la jurisprudence d'une manière constante (1).

Comment expliquer cette différence dans l'utilisation du renvoi suivant qu'il s'agit de l'incapacité de la femme mariée ou d'une autre incapacité ? M. J. Donnedieu de Vabres nous en donne une intéressante explication. Le rejet du renvoi dans le cas de contrats passés par des femmes mariées, résulterait de ce que l'incapacité de la femme mariée est considérée par les Tribunaux « comme une sorte de statut odieux dont il faut par tous les moyens réduire l'effet international » (2).

Les solutions de la jurisprudence française dans l'utilisation du renvoi en matière de capacité, ne sont donc con-

(1) Voir les références de jurisprudence sur tous ces points, dans DE LA PRADELLE et NIBOYET, *Répertoire de droit international* (1931), vol. X, au mot « Renvoi » (§ 88, p. 430).

(2) J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la Jurisprudence française, en matière de conflit des lois, depuis le début du XX^e siècle*, Thèse, Paris 1937, p. 726.

tradictaires qu'en apparence, car elles s'expliquent en réalité par le souci de concilier l'intérêt de protection de l'incapable conduisant à l'admission du renvoi, avec celui de la protection des tiers qui tend au contraire au rejet du renvoi. Cette jurisprudence s'efforce de déterminer lequel de ces deux intérêt est prépondérant (1).

§ 2. — La fraude à la loi

Nous n'avons mentionné nulle part dans l'exposé des droits américain et anglais, la théorie de la fraude à la loi. Cette notion est restée entièrement étrangère à ces deux droits (2), qui, en raison de leur caractère objectif (3) s'op-

(1) Elle semble s'inspirer de la méthode préconisée par M. LEPAULLE, et consistant à tenir compte « de la totalité des intérêts en jeu », en rejetant « tout principe abstrait unique ». (Cf. LEPAULLE, *Nature et méthode du droit international privé*, Clunet 1936, pp. 284 à 288).

(2) Il fallut aux Etats-Unis une loi spéciale, *The Uniform Marriage Evasion Act* de 1912, pour introduire cette notion en matière de mariage. Cette loi n'adopte d'ailleurs qu'un critérium objectif de la fraude à la loi. Cf. en ce sens: GRAVESON, *The doctrine of evasion of the law in England and America* (1937), *The J. Soc. comp. leg. and intern. law*, 3^e série, vol. 19, Part. I, pp. 21 et s., (à p. 25). Voir le texte du *Uniform Marriage Evasion Act* dans GOODRICH, *Handbook on the conflict of laws* (1927), p. 264.

En dehors de cette loi, promulguée pour des besoins d'unité dans les règles du conflit des lois en matière de mariage, la notion de fraude à la loi est restée étrangère au droit positif américain. Le *Restatement* l'exclut *expressis verbis* dans son paragraphe 129, ainsi conçu: « Le mariage célébré conformément à la loi du lieu de célébration est valable partout..., même si les conjoints se sont mariés à l'étranger pour éviter les formalités de la loi de leur domicile ».

M. BATIEFFOL suggère avec finesse, que cette absence de la fraude à la loi du droit américain, pourrait s'expliquer par l'esprit de pionnier des

posent au développement d'une notion, qui requiert une analyse psychologique de l'intention supposée frauduleuse.

En droit international privé français au contraire, la fraude à la loi a un champ d'application très large. Elle aboutit en effet à exclure toute loi « sous l'empire de laquelle une personne s'est placée, dans le dessein d'échapper aux règles impératives auxquelles elle devait être soumise » (1).

Les changements de nationalité constituent l'un des terrains de prédilection de la fraude à la loi, puisqu'ils permettent à celui qui utilise ce subterfuge d'échapper aux incapacités dont sa loi nationale le frappe. A en croire cependant M. Desbois (2), la jurisprudence française n'offrirait aucun exemple de contractants ayant changé de

américains, qui entraîne cette conséquence que l'on ne trouve pas aux Etats-Unis de caractère soupçonneux. (Cf. sa note sous l'arrêt *McDonald c. McDonald*, de la Cour Suprême de Californie, en date du 27 mai 1936, rapporté au S. 1936-IV-18).

Nous pensons que c'est surtout le caractère objectif du droit américain, qui explique que la théorie de la fraude à la loi n'ait pas pénétré aux Etats-Unis, de même que le caractère objectif du droit anglais, explique son absence en Angleterre. (L'absence de la notion de fraude à la loi du droit anglais, est mise en lumière par les *Gretna Green marriages*, dont la validité a été reconnue par les tribunaux anglais, bien qu'ils aient été célébrés en Ecosse entre conjoints domiciliés en Angleterre, dans le seul but d'échapper à certaines règles plus strictes du droit anglais, notamment à celles relatives au consentement des parents, pour le mariage de leurs enfants mineurs. (Cf. sur cette jurisprudence, *supra* p. 59).

(3) Cf. sur le caractère objectif des droits américain et anglais, *supra* p. 135.

(1) J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cité supra*, pp. 682-683.

(2) DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la Jurisprudence française*, Thèse, Paris 1927, p. 209.

nationalité pour échapper à une incapacité de sa loi personnelle. D'après cet auteur, en effet, les conditions de la fraude à la loi ne peuvent dans ce cas se réaliser, la combinaison se heurtant lorsqu'il s'agit du mineur à la règle d'après laquelle un mineur, qu'il soit ou non émancipé, ne peut changer de nationalité sans l'autorisation des pouvoirs de haute tutelle qui contrôlent son activité, et dans le cas de la femme mariée à un obstacle de même nature, résultant du principe consacré par une jurisprudence constante, qu'une femme mariée même séparée de corps ne peut changer de nationalité sans l'autorisation maritale ou celle de justice

Tout cela est vrai, mais il convient de remarquer que l'incapable peut avoir obtenu sa naturalisation à l'étranger, et qu'en pareil cas les tribunaux français ne peuvent en prononcer la nullité, ce qui constituerait un empiètement sur les droits de la souveraineté étrangère. Ils pourront alors être conduits à invoquer la notion de fraude à la loi, en décidant que la naturalisation obtenue à l'étranger ne produira pas en France, surtout à l'encontre des tiers, les effets en vue desquels elle avait été recherchée (1).

Cette solution a été consacrée par la jurisprudence. Il a été notamment jugé qu'un Français se trouvant en Angleterre

(1) Voir en ce sens : E. AUDINET, *Principes de droit international privé*, 1906, n° 116 et cf. le jugement du Tribunal civil de la Seine du 8 mars 1884, aff. *Abel c. Abel*, *Clunet* 1884, 637, où l'on trouve affirmé : « Que l'acte de naturalisation... échappe au contrôle du tribunal en tant qu'il émane d'une puissance étrangère, mais qu'en présence de la fraude constatée, cet acte ne peut en France, faire échec à des droits de famille, reconnus et protégés par la loi ».

ne saurait en se faisant naturaliser en hâte dans ce pays, se soustraire à la nomination d'un conseil judiciaire qui était sur le point d'être faite en France (1).

§ 3. — L'ordre public

Comme la fraude à la loi, l'ordre public est un procédé général d'élimination de la loi étrangère, applicable à des degrés divers dans tous les chapitres du droit international privé (2). Mais tandis que la fraude à la loi conduit à écarter la loi étrangère par suite d'une intention frauduleuse du sujet de droit, qui se place sous l'empire d'une loi étrangère pour échapper à une disposition de la *lex fori*, l'élimination de la loi étrangère au nom de l'ordre public, résulte du contenu objectif de cette loi (3).

(1) Tribunal civil de la Seine, 8 mars 1884, et Paris, 26 juin 1884 (aff. *Abel c. Abel*), *Clunet* 1884, 637. Cf. aussi: Trib. civil de la Seine, 3 août 1889 (aff. *Guntzberger c. Rivière*), *Clunet* 1890, 872, et 31 décembre 1910 (aff. anonyme), D. 1911-5-11. Voir l'analyse que donne de cette jurisprudence M. BARTIN (BARTIN, *Etudes de droit international privé*, 1899, pp. 247-248). Cf. aussi sur ce point: J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 683.

(2) D'où l'appellation d'*exceptio generalis* qui lui est couramment donnée. Cf. notamment: LÉVY-ULMANN, *Cours de droit international privé, professé à la Faculté de droit de Paris* (1931-1932), p. 422.

(3) C'est là ce que met bien en lumière M. BARTIN dans les termes suivants: « Quand l'idée d'ordre public est en jeu, l'éviction de la loi normalement applicable, résulte invariablement de l'objet même de cette loi, tandis qu'elle résulte accidentellement, quand elle est due à l'influence de l'idée de fraude à la loi, de l'intention qu'a eue la personne engagée dans le rapport de droit litigieux d'éluder les dispositions de son statut personnel ». (Cf. BARTIN, *Etudes de droit international privé* (1899), p. 252).

Cette différence entre le caractère subjectif de la fraude à la loi et le caractère objectif de l'ordre public, explique que tandis que la théorie de la fraude à la loi ne se rencontre que dans certains systèmes juridiques (nous avons vu qu'elle était étrangère aux droits américain et anglais), l'élimination de la loi étrangère au nom de l'ordre public est un principe universel (1). On le rencontre aussi bien aux Etats-Unis et en Angleterre qu'en France. bien qu'évidemment son domaine d'application varie, de même d'ailleurs que les principes qu'il met en échec.

Nous avons vu qu'aux Etats-Unis (2), l'ordre public est invoqué par les tribunaux du domicile, pour écarter la loi du contrat normalement compétente en matière de capacité, dans les cas où le contractant est frappé d'une incapacité générale par la loi de son domicile.

En Angleterre (3), nous n'avons pas rencontré d'arrêts invoquant l'ordre public pour augmenter la protection de l'incapable. Cela n'est pas surprenant. La dualité des régimes suivis en matière de capacité adoucit singulièrement le fonctionnement normal des principes. Par ailleurs le volume de la jurisprudence anglaise en matière de droit international privé est très faible.

L'ordre public a été au contraire souvent invoqué par les tribunaux français pour étendre la protection de l'incapable.

(1) Cf. en ce sens : LÉVY-ULLMANN, *Cours de droit international privé de Doctorat, professé à la Faculté de droit de Paris* (1934-1935), p. 33.

(2) Cf. *supra* pp. 48 et s.

(3) Cf. *supra* pp. 72 et s.

pable. La raison en est que la principale préoccupation du droit français est de protéger la personne du contractant contre les défaillances de sa volonté (1), ce qui se manifeste aussi dans l'attachement de ce droit au système de la loi nationale, cette loi étant « la plus naturellement qualifiée pour mesurer la valeur de la volonté des personnes qui s'obligent et par conséquent la somme de protection qui leur est nécessaire (2).

Mais il peut arriver que la loi nationale de l'étranger ne lui assure pas une protection suffisante, l'ordre public est alors invoqué par les tribunaux français pour écarter cette loi et lui substituer la loi française, il joue alors un rôle positif (3).

La jurisprudence fournit de nombreux exemples d'une semblable intervention de l'ordre public. Ainsi l'ordre public a été invoqué pour permettre d'organiser la tutelle de mineurs étrangers laissés sans protection, soit par suite de la mort de leurs parents tués dans un accident (4), soit par suite de la désertion de leur tuteur (5). Dans le premier de

(1) Comme l'a montré M. BARTIN d'une manière lumineuse, tout le domaine de la conclusion de l'acte juridique est dominé « par une seule et même idée, celle de la protection de la personne ». Cf. BARTIN, *Principes de droit international privé*, vol. I (1930), § 74, p. 176.

(2) Cf. sur ce point: BARTIN, *id. op. note supra*, p. 176.

(3) Cf. sur la distinction entre la fonction positive et la fonction négative de l'ordre public: NIBOYET, *Manuel de droit international privé* (1928), p. 568, n° 455.

(4) Cass. Req., 10 nov. 1896, D. P. 1897-1-313, *Cie des C. F. de l'Est c. Godefroy*.

(5) Besançon, 30 nov. 1887, S. 1890-2-59, *Monthieu c. Stahman*.

ces deux cas, l'organisation de mesures de tutelle est présentée par la Cour de cassation, comme étant une mesure « commandée aussi bien par un intérêt d'ordre public, que par l'intérêt privé du mineur ».

L'ordre public est encore intervenu dans l'hypothèse de réfugiés russes, qui ne pouvaient demander l'application de la loi de leur statut personnel et se trouvaient dépourvus de statut personnel (1), et dans le cas d'aliénés étrangers (2).

Il va sans dire que lorsque la protection du mineur étranger, bien que son organisation ne soit pas la même qu'en France, lui assure une protection suffisante, l'ordre public n'est pas invoqué. C'est ainsi que la Cour de cassation (3) a jugé, qu'un mineur italien était suffisamment protégé par la disposition du droit italien, n'autorisant l'adjudication d'un immeuble qu'en présence de sa mère. Il est dit dans l'arrêt : « que si le mineur étranger qui se trouve en France, peut et doit même, le cas échéant y être pourvu d'un tuteur conformément à la loi française, il n'en va ainsi qu'autant que le mineur est sans protection légale et que la mesure est prise à titre provisoire ».

Ainsi les mesures protectrices n'interviennent que d'une manière exceptionnelle lorsque la protection est insuffisante, elles ont en outre un caractère provisoire.

Avec l'ordre public, nous terminons l'analyse des procé-

(1) Tribunal civ. de la Seine (1^{re} Chambre), 16 fév. 1928, *Clunet* 1931, 1119, *Briantchaninoff c. Pontiatine*.

(2) Paris (1^{re} Chambre), 3 fév. 1933, aff. *Basvelde*, *Rev. crit. de droit international*, 1935, p. 434.

(3) Cass. civ., 19 nov. 1923, aff. *Antonietti c. Antonietti*, *Clunet* 1924, p. 163.

dés limitant l'application de la loi étrangère, en vue d'étendre la protection de l'incapable. Nous avons vu que ces procédés largement employés en France avaient au contraire une application assez réduite aux Etats-Unis et en Angleterre. Nous allons être conduit à la même constatation en étudiant les procédés limitant l'application de la loi étrangère pour augmenter la protection des tiers.

SECTION II

PROCÉDÉS LIMITANT L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE EN VUE D'ÉTENDRE LA PROTECTION DES TIERS

Il se peut que le jeu normal des principes consiste à sacrifier la protection des tiers et la sécurité des transactions. La jurisprudence utilise alors certains procédés pour augmenter, non plus la protection du contractant, mais celle des tiers. Les trois principaux procédés auxquels elle a recours sont : le jeu des qualifications, la jurisprudence de l'intérêt national et le mandat tacite.

§ 1. — Le jeu des qualifications

Ce procédé consiste, pour échapper à l'application de la loi étrangère normalement applicable, à trouver une qualification appropriée qui permette de déclarer applicable le droit du Tribunal saisi.

Nous n'avons rencontré nulle part aux Etats-Unis (1) cet expédient d'élimination de la loi étrangère. Son emploi en

(1) Cf. *supra* pp. 135 et s., l'exposé du droit américain en matière de capacité.

matière de capacité n'était pas possible, du fait que tout ce qui concerne la validité du contrat, qu'il s'agisse de la capacité, des formes, ou des conditions de fond et des effets du contrat, est soumis à la même loi.

Nous avons vu au contraire qu'en droit anglais (1), ce procédé d'élimination de la loi étrangère pouvait être utilisé dans les contrats autres que les contrats d'affaire, pour éliminer la loi étrangère normalement applicable, comme loi du domicile. C'est ainsi que dans l'arrêt *Ogden c. Ogden* (2), en qualifiant de « disposition de forme », la règle du droit français d'après laquelle le consentement des parents est requis pour le mariage des enfants mineurs, la Cour avait réussi à esquiver l'application du droit français et à assurer celle du droit anglais, comme *lex loci contractus*.

Mais le jeu des qualifications reste d'une application très exceptionnelle en droit anglais, parce que dans les contrats d'affaires, qui constituent la majorité des contrats, la capacité est soumise à la loi du lieu de conclusion du contrat, et qu'il ne saurait dès lors être possible d'éliminer la loi étrangère, qu'en invoquant la qualification de « disposition de fond », dont l'emploi même en droit français est très rare.

Tandis que le jeu des qualifications est en matière de capacité un procédé d'élimination de la loi étrangère sans application dans la jurisprudence américaine, et d'une

(1) Cf. *supra* p. 73.

(2) (1908), P. 146. Cf. l'analyse de cet arrêt dans l'exposé du droit anglais en matière de capacité, *supra* p. 73.

application exceptionnelle dans la jurisprudence anglaise, la jurisprudence française en a fait un très large emploi. Elle écarte fréquemment la loi nationale de l'étranger qui contracte en France, en invoquant la qualification « disposition de fond », ou encore et surtout la qualification « disposition de forme », ce qui lui permet de déclarer applicable le droit français, par interprétation de la volonté présumée des parties, ou comme loi du lieu où le contrat a été conclu (1).

Cependant comme M. Batiffol (2) l'a démontré d'une manière lumineuse, ces qualifications ne sont ainsi opposées qu'à l'encontre d'incapacités spéciales, la loi nationale de l'étranger étant maintenue lorsqu'elle établit une incapacité générale. Mais si dans ce dernier cas la loi nationale n'est pas écartée par le jeu des qualifications, elle peut l'être par d'autres procédés et notamment, par la jurisprudence de l'intérêt national.

§ 2. — La jurisprudence de l'intérêt national

La jurisprudence de l'intérêt national intervient pour empêcher des contractants étrangers de venir invoquer des incapacités de leur loi personnelle, pour échapper à des engagements conclus par eux sur le territoire du forum, avec des nationaux.

Cette jurisprudence est fondée sur des considérations de crédit public (3), qui se retrouvent partout et qui tendent

(1) Voir pour les références de jurisprudence sur cette question : BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Thèse, Paris 1929, pp 109 et s.

(2) Cf. BATIFFOL, *op. cité*, note *supra* pp. 188 et s.

(3) M. SAUSER-HALL en parlant de la jurisprudence de l'intérêt national, déclare qu'elle se justifie « par l'intérêt de la sécurité des transactions »,

à lui donner un caractère universel. Elle est consacrée législativement sous des formes variées dans la plupart des droits européens (1), et a exercé une profonde influence aux Etats-Unis en faveur de l'adoption du système de la loi du contrat (2). Elle a eu aussi de grandes répercussions en Angleterre, où les auteurs l'invoquent pour justifier la dérogation dans les contrats d'affaires à l'application de la loi du domicile, en faveur de la loi du lieu de conclusion (3). Par ailleurs, nous avons vu que des arrêts rendus à l'occasion de contrats autres que les contrats d'affaires justifient l'élimination de la loi étrangère (applicable comme loi du domicile), lorsque l'un des contractants est anglais, en reproduisant en substance les arguments de cette jurisprudence (4).

Etant donné l'influence si profonde que la jurisprudence de l'intérêt national a exercée aux Etats-Unis et en Angleterre, il est intéressant de mettre en regard les développe-

Cf. SAUSER-HALL, *La Suisse* (1935), p. 412, (vol. 6 de la collection « *La Vie juridique des peuples* » dirigée par M. LÉVY-ULLMANN), passage cité par M. LÉVY-ULLMANN, et son *Cours de droit international privé* (Docteurat), 1934-1935 (cf. la sténographie du Cours, p. 251).

(1) C'est ainsi qu'elle est consacrée dans l'article 7 de la *loi suisse du 25 juin 1891*, dans l'article 7, alinéa 3 de la *loi d'introduction allemande*, dans l'article 3 de la *loi polonaise du 2 août 1926*. Voir les références à ces divers textes dans LÉVY-ULLMANN, *op. cité note supra*, pp. 251 et s.

(2) Cf. *supra* pp. 37 et s. : M. BEALE notamment, souligne dans son traité les restrictions que la jurisprudence de l'intérêt national apporte à l'application de la loi personnelle du contractant en matière de capacité, (cf. BEALE, *Treatise*, p. 661) et fait figurer une traduction de l'arrêt *Lizardi* dans sa collection de cases en matière de conflit des lois, (cf. BEALE, *Cases on the conflict of laws* (1928), vol. II, p. 294).

(3) Cf. *supra* pp. 76-77.

(4) Cf. notamment le passage de l'arrêt *Chetti c. Chetti* (1909) P. 67,

ments de ce même principe à travers la jurisprudence française.

La théorie de l'intérêt national a été imaginée par les tribunaux français, à l'occasion des fréquents achats effectués en France par des étrangers. L'application rigoureuse du principe de compétence de la loi nationale pouvait conduire en pareils cas, à des injustices à l'égard des commerçants français, qui se trouvaient en présence d'étrangers invoquant les incapacités de leur loi personnelle, pour obtenir l'annulation d'achats par eux effectués. La jurisprudence de l'intérêt national intervient pour empêcher des résultats aussi fâcheux.

On sait comment cette jurisprudence s'est développée (1) et comment elle a été fixée en France par le fameux arrêt *Lizardi* (2), où il fut jugé par la Cour de cassation qu'un mexicain âgé de 23 ans, ne pouvait invoquer en France l'incapacité découlant du fait qu'il était mineur d'après sa législation nationale. L'arrêt précise la portée de la jurisprudence de l'intérêt national dans les termes suivants : « il suffit pour la validité du contrat que le français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi. » Il la justifie en outre par cette considération d'ordre pratique que rapporté *supra* pp. 74-75 dans l'exposé du droit anglais en matière de capacité.

(1) La jurisprudence de l'intérêt national était déjà suggérée dans les arrêts *De Fontellas* (Paris, 17 juin 1834, D. P. 1834-3-27) et *Seller c. Knapp* (Paris, 15 octobre 1834, S. 1834-2-657) où la Cour de Paris avait refusé à des contractants étrangers le droit d'invoquer les incapacités dont les frappait leur loi personnelle. Cf. en ce sens : BATIFFOL, *op. cité*, pp. 235-236.

(2) Req. 16 janvier 1861, D. P. 1861-1-193.

l'application du droit étranger sans limitations, constituerait une source continuelle d'erreurs et de difficultés pour les contractants français qui ne peuvent connaître les lois de pays étrangers. Comme le déclare l'arrêt : « Si, en principe, on doit connaître la capacité de celui avec qui l'on contracte, cette règle ne peut être aussi strictement et aussi rigoureusement appliquée à l'égard des étrangers contractants en France ; qu'en effet la capacité civile peut être facilement vérifiée quand il s'agit de transactions entre français, mais qu'il en est autrement quand elles ont lieu en France entre français et étrangers ; que dans ce cas, le français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations et leurs dispositions concernant notamment la minorité, la majorité et l'étendue des engagements qui peuvent être pris par les étrangers dans la mesure de leur capacité civile » (1).

La doctrine de l'arrêt *Lizardi* a été suivie dans la jurisprudence postérieure (2), qui l'a étendue aux prodigues (3) et aux femmes mariées (4). Comme M. Batiffol (5) l'a fort

(1) Il n'est pas inutile, dans une étude comparative de droit américain et anglais, de reproduire ce célèbre passage de l'arrêt *Lizardi*. Il a attiré plus que tout autre, l'attention des auteurs aux Etats-Unis et en Angleterre. M. CHESHIRE notamment, le cite *in extenso* dans le texte même de son récent ouvrage de droit international privé. (Cf. CHESHIRE, *op. cité*, p. 148).

(2) Voir notamment : Paris, 8 février 1883, aff. *Hartog c. Lussac*, D. P.. 1884-2-24 rendu dans l'hypothèse d'un mineur hollandais de 23 ans qui prétendait opposer en France l'incapacité dont le frappait sa loi nationale.

(3) Cf. Bordeaux, 11 avril 1906, aff. *Schwabach-Marzdorf c. Landan*, *Clunet* 1906, 119, analysé par M. BATIFFOL, *op. cité*, p. 261.

(4) Voir *infra* pp. 272-273, l'arrêt *Pietraru c. Société Weyl Sauerbach* dépassant même le cadre de la jurisprudence de l'intérêt national.

(5) Cf. BATIFFOL, *op. cité* p. 239.

bien montré, les arrêts mettent surtout en avant deux arguments : le premier c'est qu'on ne peut reprocher au Français d'ignorer l'incapacité de l'étranger avec lequel il contracte, le second c'est que cet étranger a tiré profit des fournitures qui lui ont été faites.

La théorie de l'intérêt national a fait l'objet de vives critiques en doctrine (1), aussi n'est-il pas surprenant que la jurisprudence éprouve parfois quelque hésitation à la consacrer (2). La Cour de Chambéry semble même l'abandonner, en reconnaissant tout récemment et à deux reprises (3), à des femmes mariées, le droit d'invoquer en France l'incapacité dont elles sont frappées par leur loi nationale à fin d'échapper ainsi aux poursuites des créanciers français. Ces arrêts se fondent sur cet argument : « Que c'est la loi personnelle de la femme mariée qui régit sa capacité, qui en mesure l'étendue, qui en précise les effets » (7). C'est le retour à une interprétation plus rigoureuse du principe de compétence de la loi nationale, conduisant à permettre à l'étranger de venir en France avec ses incapacités, au détriment des créanciers français.

(1) Voir pour les références de cette doctrine contraire à la jurisprudence de l'intérêt national, BATIFFOL, *op. cit.*, pp. 241-242.

(2) Voir sur ce point la chronique de jurisprudence en matière de conflit des lois, de M. BATIFFOL, *Rev. crit. droit internat.*, 1935, pp. 613 et s.

(3) Chambéry, 29 janvier 1934, aff. *Kilchemann c. Banque Commerciale d'Annecy*, *Rev. crit. droit international*, 1935, 133; Chambéry, 23 juillet 1934, aff. *Duparc c. Noreteau*, *Clunet* 1935, 353.

(4) Le passage rapporté se trouve dans le second arrêt de la Cour de Chambéry, en date du 23 juillet 1934, cité *supra*, qui n'est que la reproduction du premier arrêt avec quelques légères modifications de texte.

Mais un courant contraire se dessine dans certains arrêts qui tendent à valider les contrats passés en France par des étrangers même incapables d'après leur loi nationale. Cette tendance est mise en lumière dans un arrêt *Pietrarn c. Société Weyl Sauerbach et C^{ie}*, rendu par la Cour d'Appel de Paris (1).

Une femme mariée roumaine avait confié des titres à une banque parisienne et l'avait chargée d'effectuer certaines opérations de bourse sur ces titres. Elle n'avait pas obtenu l'autorisation maritale requise aux termes de l'article 1285 du Code civil roumain et prétendait, en conséquence, que les opérations faites par la banque étaient nulles.

La Cour d'appel de Paris, infirmant un jugement du Tribunal civil de la Seine, ne donna pas droit à sa demande, motif pris de ce que, bien que s'agissant d'une question de capacité relevant normalement de la loi roumaine comme loi du statut personnel, cette loi devait être ici écartée, car son application aurait constitué une solution trop dure pour la banque et parce que les circonstances étaient telles qu'il était normal de faire confiance à la femme.

Il est intéressant de souligner que cette dernière décision déborde le cadre de la jurisprudence de l'intérêt national. En effet, on ne trouve pas réalisées ici les conditions posées dans l'arrêt *Lizardi*, d'après lesquelles il faut que les tiers aient contracté « sans légèreté, sans imprudence, et avec bonne foi ». D'autre part, cette jurisprudence a été élaborée dans le cas où le droit français habilite l'étranger qui est frappé d'incapacité par sa loi personnelle. Or, dans

(1) Paris, 22 juillet 1933, *Rev. crit. droit internat.*, 1935, 424.

l'arrêt *Pietraru*, la femme roumaine était incapable aussi bien d'après le droit français que d'après la législation roumaine.

La Cour de Paris était donc en dehors du cadre de la jurisprudence de l'intérêt national, et, de plus, elle consacrait cette solution, au premier abord surprenante, de valider l'engagement de la contractante, alors que celle-ci était incapable aussi bien d'après la loi roumaine que d'après la législation française.

Comment expliquer une pareille solution ? Il semble qu'on se trouve en présence d'un cas particulier de la tendance générale de la jurisprudence française à ne pas donner d'effets dans les rapports internationaux à certaines règles restrictives du droit interne. Nous avons marqué cette tendance à propos de la loi applicable aux conditions de fond. Nous avons indiqué que certains principes obligatoires sont sans application dans l'ordre juridique international (1). C'est un peu le même phénomène que nous trouvons dans l'arrêt *Pietraru* puisque cet arrêt conduit, en somme, à interdire que certaines incapacités étrangères soient invoquées. Cette jurisprudence profite donc directement au commerce international (2).

§ 3. — La théorie du mandat domestique

En vertu de la théorie du mandat domestique, la femme est dispensée de l'autorisation maritale pour certains actes

(1) Cf. *supra* p. 243.

(2) Cf. en ce sens : J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 688.

courants (1). Cette théorie étant considérée par la jurisprudence française comme une loi de police, s'applique aux femmes étrangères comme aux femmes françaises (2). Elle constitue un procédé qui limite l'application de la loi étrangère, puisqu'elle écarte la loi nationale en faveur de la loi locale.

La théorie du mandat domestique se distingue de la jurisprudence de l'intérêt national. D'abord, dans son domaine d'application : tandis que la jurisprudence de l'intérêt national intervient essentiellement (3) à l'occasion de contrats passés par des mineurs, la théorie du mandat domestique a été imaginée pour restreindre l'incapacité de la femme mariée. Elle se distingue ensuite par son caractère. La jurisprudence de l'intérêt national a, nous l'avons vu, un caractère subjectif, elle présuppose la bonne foi du créancier (4). La théorie du mandat domestique présente au contraire un caractère objectif, il faut que les actes effectués par la femme mariée soient des actes courants, l'*animus* du créancier n'est pas considéré.

(1) Voir sur la théorie du mandat domestique en droit civil : BINET, *La femme dans le ménage*, Thèse, Nancy 1901 ; P. DAVEAUX, *La femme et les contrats qu'elle passe pour les besoins du ménage*, Thèse, Paris 1908.

(2) Cf. sur la théorie du mandat domestique en droit international privé : BATIFFOL *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Thèse, Paris 1929, pp. 287 et s. ; AUBRY, *L'incapacité de la femme mariée en droit international privé français*, Thèse, Paris 1933, p. 251. Nous n'indiquons ici que les quelques notions sommaires, qui sont nécessaires pour la comparaison des droits.

(3) Imaginée pour le cas du mineur, la jurisprudence de l'intérêt national n'a été étendue qu'ultérieurement au prodigue et à la femme mariée. Cf. sur ce point, *supra* p. 270.

(4) Cf. *supra* p. 269.

La jurisprudence française a fait un large emploi de la théorie du mandat domestique, à l'occasion d'achats effectués par des femmes étrangères chez des commerçants français, notamment dans des maisons de couture (1). Lorsque la femme contractante n'a pas les moyens de régler les achats effectués, les créanciers se retournent contre le mari qui, en vertu d'une jurisprudence constante, est tenu pour responsable, mais seulement en proportion des ressources du ménage (2).

(1) Voir par exemple: Trib. civ. de la Seine, 9 juin 1905, aff. *Eyres c. Dauillet*, *Clunet* 1905, 1040; Paris, 5 nov. 1907, aff. *Kotschoubet c. Beer*, *Clunet* 1908, 478. La question s'est également présentée à propos d'un contrat de Bail dans le fameux arrêt *Jolly Leclerc c. Martini*, Paris, 9 juin 1857, S. 1857-2-755, cité dans BATIFFOL, *op. cit.*, pp. 288-289. On y trouve affirmé « que la doctrine et la jurisprudence ont consacré, que pour certains actes, l'autorisation expresse du mari n'était pas nécessaire; que la femme pouvait valablement s'engager et même engager son mari ».

Il convient enfin de mentionner un arrêt de la Cour de Paris en date du 18 avril 1929 (Paris, 1^{re} Ch., 18 avril 1929, aff. *Soc. Beer c. Humphries*, *Rev. crit. droit intern.*, 1935 p. 149). C'est le plus récent qui ait été rendu en cette matière. Il y fut jugé qu'une femme anglaise bien que mariée en Angleterre sous le régime de la séparation de biens, engageait son mari à raison des dépenses du ménage, « considérant, déclare la Cour de Paris, que les fournitures faites à la Dame Beth Brown par la Maison Beer ont eu lieu à la connaissance du mari; qu'elles rentraient dans les dépenses générales du ménage, correspondant à la situation apparente de la femme et paraissent avoir été livrées au domicile commun ».

(2) Cette restriction est fort bien indiquée dans un jugement du Tribunal civil de la Seine du 17 juin 1908, aff. *Beer c. Prince Yourewsky*, *Clunet*, 1909, 476. Elle soulève un problème d'appréciation, qui entraîne parfois certaines incertitudes. (Cf. par exemple le jugement précité qui décida, que les dépenses de la femme étaient hors de proportion avec les ressources du ménage, mais qui fut infirmé par la Cour de Paris, dans

Bien que la jurisprudence française justifie souvent la théorie du mandat domestique par son caractère universel (1), cette théorie est inconnue aux Etats-Unis et en Angleterre. Si elle ne s'y est pas développée, c'est que, dans ces deux pays, la femme mariée est en principe pleinement capable et que ce principe ne comporte que des restrictions d'un caractère limité. Nous sommes donc ici encore en présence d'un procédé employé par le droit français pour limiter l'application de la loi étrangère, qui n'a pas d'équivalent aux Etats-Unis et en Angleterre, en raison de la technique différente de ces deux pays.

La comparaison entre les droits américain et anglais d'une part et le droit français d'autre part, en ce qui concerne les procédés limitant l'application de la loi étrangère pour augmenter la protection des tiers, nous montre que si l'emploi de ces procédés est exceptionnel aux Etats-Unis et en Angleterre, il est au contraire fréquent en France. La protection des tiers est en effet suffisamment assurée aux Etats-Unis et

un arrêt en date du 24 mai 1911, aff. *Consorts Chidiac c. Legge*, *Clunet* 1911, p. 1265 où il fut jugé que les dépenses étaient justifiées par « la vie de cours » des époux).

(1) Cf. en ce sens : BATIFFOL, *op. cité* p. 294, et voir notamment Trib. civ. de la Seine, 2 juillet 1897, aff. *Garnier c. Epoux Digby*, *Clunet* 1898, p. 363, où cette théorie est présentée comme dérivant « de l'obligation que toutes les législations imposent au mari de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants ». Parlant de la théorie du mandat domestique le tribunal emploie l'expression de « principe de droit des gens ». Voir aussi le jugement du Tribunal civil de la Seine du 10 avril 1907, aff. *Kotschoubey c. Baer*, *Clunet* 1908, 478, où le mandat domestique est présenté comme « adopté par toutes les législations ».

en Angleterre, tandis qu'en France, au contraire, le débordement du principe des nationalités a conduit à sacrifier quelque peu cette protection (1). Les procédés d'élimination de la loi étrangère interviennent dès lors en France pour rétablir un équilibre entre les intérêts en présence et mettre un frein à l'application du principe des nationalités. Nous allons voir que dans le domaine des conditions de forme et de fond, où ce principe n'a eu que des effets forts indirects, les procédés utilisés par les tribunaux français pour limiter l'application de la loi étrangère sont bien moins nombreux.

(1) Nous avons montré en effet, en faisant la comparaison critique des principes suivis en matière de capacité, aux États-Unis, en Angleterre et en France, que la protection des tiers était beaucoup mieux assurée avec le système américain de la loi du contrat, ou avec le système anglais combinant la loi du lieu de conclusion et la loi du domicile, qu'avec le système français de la loi nationale. Voir nos développements sur ce point *supra*, pp. 211 et s.

CHAPITRE II

LES PROCÉDÉS UTILISÉS EN MATIÈRE DE FORME

Tandis qu'en matière de capacité, les tribunaux de tous les pays font preuve d'un certain nationalisme juridique, parce que la capacité met en jeu des intérêts nationaux, qu'il s'agisse de la protection de l'incapable ou de celle des tiers, en matière de forme, il n'en est pas de même.

Les formes visent avant tout à faciliter le commerce international, qu'elles rendent plus sûr. Dès lors, ce qui domine en cette matière ce n'est pas l'idée du nationalisme juridique mais plutôt des considérations d'opportunisme juridique. Il n'est donc pas surprenant que la plupart des procédés utilisés en matière de capacité pour limiter l'application de la loi étrangère, ne se rencontrent pas en matière de forme. Dans ce dernier domaine on n'en trouve guère que deux : la fraude à la loi et l'ordre public. Les autres procédés que nous avons indiqués en matière de capacité sont, soit des procédés spéciaux (1), exclusivement applicables en ce domaine, comme la jurisprudence de l'intérêt national et la théorie du mandat domestique, soit des procédés généraux comme le renvoi (2) et les qualifications, qui inter-

(1) Sur la distinction entre les procédés généraux et les procédés spéciaux, cf. BATIFFOL, *op. cité*, pp. 227 et s.

(2) Le renvoi a cependant été admis en matière de forme dans un juge-

viennent uniquement pour limiter l'application de la loi nationale.

SECTION I

LA FRAUDE A LA LOI

Nous avons indiqué précédemment (1), que la fraude à loi était un procédé d'élimination de la loi étrangère, qui n'avait pas pénétré aux Etats-Unis et en Angleterre. La règle *locus regit actum* n'est donc pas mise en échec dans ces deux pays par la théorie de la fraude à la loi.

Il n'en va pas de même en France, où la jurisprudence a fait un large emploi de cette théorie en matière de forme. Le procédé consiste à déclarer nul l'acte conforme à la loi du lieu de passation, lorsque sa passation à l'étranger est motivée par le désir de se soustraire à certaines formalités imposées par la loi française.

Pratiquement d'ailleurs la question ne s'est guère posée qu'à l'occasion de la célébration à l'étranger de mariages

ment du Tribunal civil de la Seine en date du 10 juillet 1910 (aff. *Sanchez c. Wallerstein*, *Clunet* 1911, 912), où il a été jugé qu'un testament fait en France par un Américain en les formes de sa loi nationale, devait être tenu pour nul. Le renvoi éliminait la loi étrangère comme loi nationale, en restituant à la règle *locus regit actum* son caractère obligatoire.

Mais il n'y a là, à la vérité, qu'une application accidentelle du renvoi, justement critiquée par les auteurs. (Cf. notamment: NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, 1928, p. 677, n° 554) et qu'une jurisprudence postérieure semble avoir abandonnée (cf. Alger, 26 mai 1919, aff. *Guez c. Ben Attar*, *Clunet* 1920, 241; cf. également en ce sens: J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 727).

(1) Cf. *supra* pp. 259 et s.

entre individus dont l'un au moins était Français, en vue d'échapper aux formalités de notification et de publication prescrites par la loi française. La jurisprudence est nettement fixée dans le sens de la nullité de ces mariages. « Il appartient au juge du fond, déclare la Cour de cassation, par une appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, de découvrir si les parties qui ont contracté mariage en pays étranger, sans avoir observé les formalités de l'article 170 et 171, ont entendu faire fraude à la loi française et éluder les publicités exigées par celle-ci » (1).

SECTION II

L'ORDRE PUBLIC

Tandis que l'application de la règle *locus regit actum* en matière de formes est le terrain de prédilection de la fraude à la loi, l'ordre public n'a eu en cette matière qu'un rôle exceptionnel. C'est qu'en effet ce dernier procédé d'élimination de la loi étrangère a un caractère objectif (2). Il intervient, nous l'avons dit, lorsque le contenu objectif de la loi étrangère heurte certaines dispositions impératives de la *lex fori*. Or cela est très rare en matière de forme. Les formes sont, en effet, parmi les conditions de validité du contrat, celles qui intéressent le moins l'ordre public et c'est cela qui explique le développement considérable, sous

(1) Cass. civ., 18 janv. 1926, aff. *Bernard c. Bernard*, *Rev. de droit international privé*, 1927, p. 304.

(2) Cf. *supra* p. 261.

l'influence des besoins du commerce international, de la règle *locus regit actum* avec son caractère universel (1)

Nous n'avons pas rencontré, dans l'exposé des droits américain et anglais, d'arrêts ayant invoqué l'ordre public en matière de forme, pour éliminer la loi étrangère applicable en vertu de la règle *locus regit actum*, et, dans la jurisprudence française, son intervention reste, en pareil cas, tout à fait exceptionnelle (2). Ce n'est pas en matière de forme, en effet, qu'intervient normalement l'ordre public, mais dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat.

(1) Comme on l'a fort bien mis en lumière, la règle *locus regit actum* est une dérogation à l'ordre public normal de chaque Etat. Cf. DESPAGNET, *La règle locus regit actum et l'ordre public*, *Revue pratique de droit international privé*, 1890-1891, pp. 52-66.

(2) Il n'intervient que dans des hypothèses très rares, comme notamment celles d'actes passés dans les formes d'un pays à civilisation rudimentaire, ou dans les formes d'une législation révolutionnaire et anarchique, telle que la législation des Soviets. Cf. en ce sens: NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, n° 558, p. 661 et les références de jurisprudence.

CHAPITRE III

LES PROCÉDÉS UTILISÉS

DANS LE DOMAINE DES CONDITIONS DE FOND

ET DES EFFETS DU CONTRAT

Comme en matière de forme, dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat, les procédés utilisés pour limiter l'application de la loi étrangère sont peu nombreux. Il règne, en effet, dans ce domaine un certain opportunisme juridique. Nous avons vu ci-dessus (1), que ce sont des considérations d'intention et d'utilité qui guident le juge dans la détermination de la loi du contrat et non un système rigide comme celui de la *lex loci contractus* ou de la *lex loci solutionis*. Par ailleurs, comme les parties dans la quasi-unanimité des cas n'ont pas manifesté leur volonté, rien n'empêche le juge de déclarer applicable la *lex fori* (2).

(1) *Supra* p. 145 et p. 178.

(2) Voir sur la tendance des juges anglais à déclarer applicable la loi anglaise comme loi propre du contrat, la jurisprudence analysée *supra* p. 184. La même tendance se retrouve dans la jurisprudence française, elle est au contraire beaucoup moins marquée dans la jurisprudence américaine, par suite du caractère particulier des conflits de lois aux Etats-Unis (conflits interétatiques).

Quoi qu'il en soit, dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat, comme en matière de forme, les deux seuls procédés employés par les Tribunaux pour limiter l'application de la loi étrangère sont la fraude à la loi et l'ordre public. Encore faut-il ajouter que seul le second de ces procédés est utilisé aux Etats-Unis et en Angleterre.

Mais ces deux procédés ne sont pas utilisés de la même manière que lorsqu'il s'agit des formes.

Pour celles-ci, en effet, la fraude à la loi joue un rôle beaucoup plus grand que l'ordre public (1) ; dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat, c'est le contraire qui se produit. C'est l'ordre public qui est surtout invoqué. Nous allons le constater en examinant successivement le jeu de ces deux procédés d'élimination de la loi étrangère.

SECTION I

LA FRAUDE A LA LOI

Il semblerait, à première vue, que la théorie de la fraude à la loi soit appelée en droit français à jouer un rôle important dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat. Le principe de l'autonomie de la volonté donne en effet, aux contractants, la possibilité de conclure leur contrat à l'étranger, ou même plus simplement de stipuler que la loi étrangère lui sera applicable, dans le seul but d'échapper aux règles impératives du droit français. Les

(1) Voir sur ce point, *supra* p. 280.

possibilités de fraudes sont nombreuses, le champ d'application de la théorie de la fraude à la loi devrait être très étendu.

En fait, cependant, il n'en est rien, car la jurisprudence, préoccupée de satisfaire aux besoins du commerce international, reconnaît aux parties la plus grande liberté dans tous les contrats présentant un élément d'extranéité. La question ne s'est d'ailleurs guère présentée que sur deux terrains, celui de la clause d'arbitrage et celui de la clause valeur or et nous avons vu que l'une et l'autre de ces clauses sont considérées comme valables en droit international (1). On a considéré, en effet, que les intérêts du commerce international en faveur de la validité de pareilles clauses, devaient l'emporter sur ceux de la logique juridique pure qui auraient conduit à prononcer leur nullité lorsqu'aucune loi ayant un rapport quelconque avec le contrat ne les validait ; cette nullité résulterait par analogie de la solution bien établie en droit interne, d'après laquelle lorsqu'un contrat n'a aucun élément d'extranéité les parties ne peuvent stipuler l'application de la loi étrangère (2).

Mais il y a une application curieuse de la fraude à la loi dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat. Elle résulte de ce que les contractants ne peuvent conférer eux-mêmes un caractère international à leur contrat (3) et jouir ainsi de la liberté accrue des rapports inter-

(1) Voy. pour les références de jurisprudence, les ouvrages cités *supra*, p. 243, note 1.

(2) Cf. en ce sens : DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la Jurisprudence française*, Thèse, Paris 1927, p. 278.

(3) Voyez sur la notion de « contrat international » et sur les criteriums choisis par la Jurisprudence pour distinguer les contrats internationaux :

nationaux. C'est ainsi qu'il a été jugé par la Cour de Rennes (1), que des Français contractant en France ne sauraient échapper par la simple fiction de la signature du contrat à l'étranger, à la prohibition de la clause compromissoire, la définition du contrat international étant donnée par la loi et les parties ne pouvant la tourner.

Les droits américain et anglais ne font pas intervenir la théorie de la fraude à la loi, qui leur est restée étrangère (2). Mais nous avons rencontré dans la jurisprudence américaine, une tendance marquée à utiliser la notion de bonne foi, particulièrement dans le cas des prêts à intérêt (3). Il est intéressant de souligner que par ce procédé la jurisprudence américaine arrive au même résultat que la jurisprudence française avec la théorie de la fraude à la loi. celui d'empêcher une fiction d'extranéité de produire des effets. C'est peut-être là un exemple de la notion d'équivalence en droit international privé (4).

SECTION II

L'ORDRE PUBLIC

Le domaine des conditions de fond et des effets du contrat est le domaine de prédilection de l'ordre public. Il y

PENCIULESCO, *La monnaie de paiement dans les contrats internationaux*, Thèse, Paris 1937, pp. 6 et s.

(1) Rennes, 26 juillet 1926, *Soc. Muller c. Mardelé*, *Revue de droit international privé*, 1927, p. 523 avec une note de M. NIBOYET. Voir l'explication que donne de cet arrêt M. NIBOYET (*Manuel de droit international privé*, 1928, p. 586).

(2) Voy. sur les raisons de cette situation, *supra* pp. 258-259.

(3) *Supra* pp. 141 et s.

(4) Voir le récent article de M. PERROUD, *La notion d'équivalence en droit international privé*, *Clunet* 1937, p. 736.

intervient pour limiter le principe de l'autonomie de la volonté, lorsque la loi désignée par la volonté présumée des parties est contraire à certaines dispositions de la *lex fori*, et ceci aussi bien aux Etats-Unis et en Angleterre qu'en France. Il y a en cette matière une conséquence à la fois de l'idée d'utilité qui conduit à étendre la doctrine de l'autonomie de la volonté, et de celle de justice, qui aboutit au contraire à limiter cette doctrine par des principes obligatoires (1).

Nous avons vu cependant que l'ordre public n'avait pas le même domaine d'application aux Etats-Unis qu'en Angleterre (2). Aux Etats-Unis, en présence de conflits interétatiques, son domaine d'application est relativement étroit. en Angleterre où les tribunaux ont à résoudre des conflits internationaux, il est beaucoup plus étendu.

En France, le conflit des lois ayant toujours un caractère international, l'ordre public a, comme en Angleterre, un domaine très vaste, surtout de nos jours en raison du grand développement du principe de l'autonomie de la volonté (3). Il n'y a pas lieu de critiquer la théorie de l'ordre public (4),

(1) Cf. sur ce point la note de M. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE sous l'arrêt de la Cour de Paris du 9 février 1931, aff. *Vinot c. Villereille*, D. 1931-II-34. Voir aussi LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de Droit international privé*, 3^e éd., p. 279, n° 250.

(2) Cf. *supra* p. 189.

(3) Cf. *supra* p. 239.

(4) Comme le fait notamment M. P. LOUIS-LUCAS, qui voudrait reviser les principes de notre droit international privé, espérant par là diminuer le champ d'application de l'ordre public. (Cf. P. LOUIS-LUCAS, *Remarques sur l'ordre public*, *Revue de droit international privé*, 1933, pp. 393 et s.; voir du même auteur, *L'impérieuse territorialité des lois*, *Rev. crit. de droit internat.*, 1935, pp. 633 et s.).

car elle tend à rétablir un équilibre quelque peu rompu en faveur de la loi étrangère par le débordement de l'autonomie de la volonté et, par là même, à rapprocher les systèmes dans leurs résultats, sans nous obliger à réviser directement nos principes de droit international privé (1).

(1) Nous sommes heureux de constater qu'un auteur récent s'oppose à cette révision des principes, en vue de faire disparaître l'ordre public : « Nous pensons, déclare en effet M. J. DONNEDIEU DE VABRES, qu'il y a davantage de sécurité dans la constante fidélité à une coutume que dans la rigueur toujours illusoire des principes rationnels. Il n'y a pas de raison pour que la jurisprudence ne développe pas la théorie de l'ordre public avec la même sûreté que toutes les autres ». Cf. J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cité*, p. 682.

TROISIÈME PARTIE

LES RÉSULTATS

Dans les développements précédents, nous avons comparé les droits américain et anglais au droit français au point de vue de la technique employée par eux, en considérant successivement d'une part les principes suivis en matière de capacité, de forme et dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat et, d'autre part, les procédés venant limiter ces principes et leur donner un caractère facultatif, lorsqu'ils conduisent à l'application de la loi étrangère.

Cette double série de comparaisons a fait ressortir des divergences assez considérables, surtout en matière de capacité. Ces divergences sont inévitables, le caractère national se reflète nécessairement quelque peu dans la technique des droits. Mais ces différences s'estompent, si l'on considère les résultats auxquels arrivent les différents systèmes. Or, la comparaison des droits à ce dernier point de vue offre un intérêt tout particulier, puisque pour le praticien, ce qui importe, ce sont, avant tout, les résultats des systèmes, leurs solutions pratiques.

Pour comparer les systèmes dans leurs résultats, c'est un

peu « la méthode des cas » (1) qu'il convient d'adopter. Il faut envisager les principales hypothèses susceptibles de se présenter dans la pratique, en recherchant, pour chacune d'elles, si les solutions pratiques qui interviendront devant un juge français seraient les mêmes que celles auxquelles aboutirait un juge américain ou anglais. C'est cette méthode que nous suivrons successivement en matière de capacité, de forme et enfin dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat. Elle paraît particulièrement bien adaptée à une étude de droit international privé, étant donné la formation jurisprudentielle de cette branche du droit.

(1) Cette méthode est celle qui est suivie aux Etats-Unis dans les Ecoles de droit. (Voy. REDLICH, « *The Case Method in American University Law Schools* », publication de la Fondation Carnegie 1914; LEPAULLE, « *Le système du casé et la méthode socratique dans les Ecoles de droit américaines* », *Rev. internationale de l'enseignement*, 1920, p. 161. Bien qu'elle soit insuffisante comme méthode générale d'enseignement ou d'exposition, son utilisation ici ne peut présenter que des avantages, puisqu'elle vient après l'emploi de la méthode systématique dans les deux premières parties de ce Livre 2.

CHAPITRE PREMIER

LES RESULTATS EN MATIERE DE CAPACITE

En étudiant les principes suivis en matière de capacité, nous avons relevé une opposition fondamentale entre le droit américain et le droit français, résultant de ce que le droit français comme le droit anglais et à la différence du droit américain, soumet la capacité à un régime spécial distinct de celui des conditions de fond (1).

Cette opposition qui résulte du caractère différent des conflits de lois : interétatiques aux Etats-Unis, internationaux en Angleterre et en France, tend à s'estomper lorsque l'on compare ces droits dans leurs solutions pratiques puisque, nous l'avons vu, d'importantes exceptions sont apportées par la jurisprudence aux Etats-Unis à l'application de la loi du contrat, et surtout en Angleterre et en France à celle de la loi du domicile et de la loi nationale.

Par ailleurs, même lorsque ces exceptions n'interviennent pas, il y a parfois coïncidence entre les diverses lois. C'est ainsi qu'il est fréquent que la loi du contrat applicable en matière de capacité aux Etats-Unis, coïncide avec les lois applicables dans ce même domaine en Angleterre et en France (2).

(1) Cf. *supra* pp. 211 et s.

(2) Cette coïncidence sera surtout fréquente entre la loi du contrat,

Si l'opposition fondamentale qui sépare le droit américain du droit français quant à la technique suivie en matière de capacité, tend à s'estomper dans les solutions pratiques, *a fortiori* en est-il de même des différences relativement réduites que nous avons relevées entre le droit anglais et le droit français, quant au choix de la loi personnelle et à son domaine d'application (1).

Nous avons indiqué comment, sur ces deux points, l'opposition entre le droit français et le droit anglais pourrait presque complètement disparaître, par l'adoption en France de certaines réformes d'un caractère nettement limité, consistant à substituer la loi du domicile à la loi nationale, comme loi du statut personnel, et à restreindre le champ d'application de cette dernière loi en faveur de la loi du lieu de conclusion du contrat (2).

La jurisprudence française anticipe un peu dans ses résultats, sur ces deux réformes. Le jeu des procédés d'élimination de la loi étrangère précédemment étudié, conduit en

applicable en matière de capacité aux Etats-Unis, et la loi du lieu de conclusion applicable dans ce même domaine en Angleterre, pour les contrats d'affaires. Cette dernière loi est en effet appliquée aux Etats-Unis comme loi du contrat, toutes les fois où les parties n'ont pas indiqué expressément un lieu d'exécution différent du lieu de conclusion du contrat, ce qui est le cas de beaucoup le plus fréquent.

Même si les parties ont désigné expressément un lieu d'exécution différent du lieu de conclusion du contrat, la loi du lieu de conclusion sera le plus souvent appliquée, lorsqu'elle fait produire des effets au contrat, en vertu de la présomption « *ut res magis valeat quam pereat* ». (Cf. sur cette casuistique des juges américains dans la détermination de la loi du contrat, *supra* pp. 145 et s.).

(1) Cf. *supra* pp. 212 et s.

(2) Cf. sur ce point *supra* pp. 215 et s.

effet à restreindre l'application de la loi nationale au profit de la loi du domicile et de la loi du lieu de conclusion. Ce mouvement de régression de la loi nationale est intéressant à analyser puisqu'il rapproche le droit français du droit anglais.

SECTION I

LA RÉGRESSION DE LA LOI NATIONALE ET LES PROGRÈS DE LA LOI DU DOMICILE

La loi du domicile n'a jamais cessé, dans la jurisprudence, d'avoir une compétence subsidiaire à la loi nationale, qu'elle remplace lorsque cette dernière loi n'est pas applicable. C'est ainsi que la loi du domicile est appliquée aux apatrides et aux personnes dont la nationalité est incertaine (1). Ce rôle de la loi du domicile, par rapport à la loi nationale, est fort bien décrit par un auteur récent dans les termes suivants : « Le système de la loi nationale... ne remplace ni ne supprime le système coutumier de la loi du domicile : il se superpose à lui et paralyse son application dans la mesure où il s'applique lui-même. Mais lorsque son fonctionnement normal est arrêté, la loi du domicile recouvre son ancien titre de compétence et reparaît malgré le silence des textes parmi les règles coutumières du droit positif » (2).

Mais, de nos jours, la loi du domicile n'est plus seulement consacrée comme une loi subsidiaire à la loi natio-

(1) Cf. sur ces deux points les références de jurisprudence dans J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du xx^e siècle*, Thèse Paris, 1937, p. 327.

(2) Cf. J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, note *supra*, p. 329.

nale, elle progresse par le jeu du renvoi, un peu comme si la jurisprudence voulait la faire revivre comme loi du statut personnel. Nous avons vu en effet (1) que le renvoi était admis par une jurisprudence constante en matière de capacité, sauf lorsqu'il s'agit de l'incapacité de la femme mariée, à cause de la défaveur dont jouit aujourd'hui cette incapacité peu compatible avec les progrès sociaux de l'époque contemporaine.

Cette progression de la loi du domicile s'explique par les avantages qu'elle présente par rapport à la loi nationale (2). Elle montre que la jurisprudence française tend à faire revivre la coutume internationale au-dessus du principe des nationalités, qu'elle repousse un peu à l'arrière-plan. Elle prépare le terrain à une réforme qui, nous l'avons montré, serait désirable, à savoir la généralisation en France du système de la loi du domicile (3). Elle est donc grosse de conséquences.

SECTION II

LA RÉGRESSION DE LA LOI NATIONALE ET LES PROGRÈS DE LA LOI DU LIEU DE CONCLUSION DU CONTRAT

Les progrès de la loi du domicile profitent à la loi du lieu de conclusion, ces deux lois coïncidant dans la majorité des cas (4). Mais la loi du lieu de conclusion progresse aussi

(1) Cf. *supra* pp. 254 et s.

(2) Voir sur ce point, *supra* pp. 214 et s.

(3) En la forme de la loi du domicile d'origine, cf. *supra* pp. 215-216.

(4) Il en est ainsi dans tous les arrêts que nous avons mentionnés dans

indépendamment de la loi du domicile. Son progrès n'est pas dû cependant, comme pour cette dernière, au désir d'étendre la protection de l'incapable, mais à celui d'étendre la protection des tiers (1).

Cette progression de la loi du lieu de conclusion se réalise dans l'hypothèse du contrat conclu en France par un étranger. Elle résulte du jeu des procédés limitant l'application de la loi étrangère pour augmenter la protection de l'incapable : jeu des qualifications, jurisprudence de l'intérêt national et théorie du mandat domestique. Nous avons précédemment décrit ces procédés d'élimination de la loi étrangère (2), il ne nous reste plus ici qu'à rechercher quels résultats ils entraînent du point de vue de la progression de la loi du lieu de conclusion.

Il faut distinguer dans la pratique deux hypothèses : la loi nationale peut établir à l'encontre du contractant une incapacité spéciale, elle peut au contraire le frapper d'une incapacité générale.

Il ne fait aucun doute que dans la première hypothèse, la loi nationale sera pratiquement toujours éliminée par le jeu de la qualification : « disposition de forme ». Dans la

l'examen de la jurisprudence en matière de renvoi. Le renvoi entraînait l'application de la loi du lieu de conclusion en même temps que celle du domicile ; cf. *supra* pp. 254 et s.

(1) Nous avons vu en effet les avantages que la loi du lieu de conclusion présente pour les tiers par rapport à la loi personnelle, du point de vue de la sécurité des transactions. Cf. *supra* pp. 217-218.

(2) Cf. la deuxième partie de ce livre II, *supra* pp. 217-218.

seconde, au contraire, nous avons vu que les qualifications conduisant à l'élimination de la loi étrangère ne jouaient pas (1). Il reste évidemment la possibilité qu'intervienne la jurisprudence de l'intérêt national ou la théorie du mandat domestique. Mais ces deux procédés sont loin de couvrir toutes les hypothèses et d'éliminer dans tous les cas la loi nationale en faveur de la loi du lieu de conclusion.

En ce qui concerne tout d'abord la jurisprudence de l'intérêt national, son nom fort évocateur, pourrait donner à croire qu'elle comporte un volume important de décisions. Or, en réalité, les espèces à l'occasion desquelles elle est intervenue sont peu nombreuses et le terrain qu'elle recouvre est fort étroit (2). La jurisprudence de l'intérêt national est en effet strictement limitée dans son domaine d'application. Il faut, pour qu'elle puisse intervenir, que se trouvent réalisées les conditions posées dans l'arrêt *Lizardi* relativement à la bonne foi du créancier.

Limitée dans son domaine d'application, elle l'est également dans ses effets, car ceux-ci ne peuvent être que négatifs : l'application de la loi nationale se trouve paralysée sans que la loi du lieu de conclusion reçoive une compétence positive (3). Ceci est mis en lumière dans l'arrêt *Pietraru*, rencontré dans l'examen de la jurisprudence de l'intérêt national (4). Cet arrêt aboutit en effet à valider un contrat

(1) Cf. *supra* p. 267.

(2) Cf. sur ce point : LÉVY-ULLMANN, *Cours de droit international privé (Licence)*, 1931-1932, pp. 433-434.

(3) Cf. en ce sens : J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du xxe siècle*, Thèse Paris, 1937, p. 510.

(4) *Supra*, pp. 272-273.

dans un cas où la contractante, une femme mariée, était incapable aussi bien d'après sa loi nationale que d'après la loi du lieu de conclusion. Parlant de cette jurisprudence, un auteur récent a pu déclarer qu'elle se réduisait à cette idée « qu'il peut être légitime de se tromper sur le contenu d'une loi étrangère » (1).

Bien qu'ainsi limitée, à la fois dans son domaine d'application et dans ses effets, la jurisprudence de l'intérêt national a exercé, nous l'avons vu, une influence décisive en Angleterre, où elle est à la base de l'abandon dans les contrats d'affaires de la loi du domicile en faveur de la loi du lieu de conclusion (2). On peut voir là la preuve qu'elle contient un peu en puissance le système de la loi du lieu de conclusion, et c'est pour cela que la jurisprudence française éprouve parfois quelque hésitation à la consacrer (3). Le pas à franchir est grave (4).

Le second procédé utilisé en matière d'incapacité générale, pour limiter l'application de la loi nationale en faveur

(1) Cf. J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cité*, p. 511.

(2) *Supra* pp. 76-77.

(3) Nous avons montré que deux arrêts récents de la Cour de Chambéry paraissaient marquer une certaine régression de cette jurisprudence. Cf. *supra* p. 271.

(4) C'est là ce dont M. BATIFFOL semble bien se rendre compte lorsqu'il écrit à propos de cette jurisprudence, qu'elle « constitue l'échec le plus franchement avoué à la règle que le statut personnel est régi par la loi nationale », et qu'elle a par là une grande importance, aussi bien pratique que théorique, en dépit du petit nombre d'arrêts qui la constituent ». Cf. BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Thèse Paris, 1929, p. 239.

de la loi du lieu de conclusion, est, nous l'avons vu plus haut (1), la théorie du mandat domestique.

A certains égards cette théorie, du fait de son caractère objectif, est d'une application plus large que la jurisprudence de l'intérêt national. Elle fonctionne en effet indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi du créancier. Mais à un autre point de vue, son champ d'application est plus étroit, puisqu'elle n'intervient qu'à la double condition que le contrat soit passé par une femme mariée et qu'il soit nécessaire aux besoins du ménage.

Jeu des qualifications, jurisprudence de l'intérêt national, théorie du mandat domestique, tels sont les procédés qui, en limitant l'application de la loi nationale au profit de la loi du lieu de conclusion, contribuent à rapprocher le droit français du droit anglais. Il reste évidemment des différences entre ces deux droits quant au domaine d'application de la loi du lieu de conclusion, mais les plus importantes disparaîtraient par l'adoption en France de la réforme que nous avons suggérée, consistant à admettre au profit de la loi étrangère du lieu de conclusion les restrictions que la jurisprudence apporte, au profit de la loi française, à l'application de la loi nationale (2).

(1) *Supra* pp. 273 et s.

(2) Cf. sur cette réforme, *supra* pp. 219-220. La seule différence qui subsisterait entre le droit français et le droit anglais après l'adoption de la réforme, résulterait du fait que, tandis qu'en droit français la loi du lieu de conclusion n'est appliquée que lorsqu'elle fait produire des effets au contrat, en vue d'étendre la protection des tiers, en droit anglais au contraire, cette loi est appliquée dans les contrats d'affaires, indépendamment de son contenu objectif, en vertu d'un principe dérogatoire au principe de la compétence de la loi du domicile. C'est là une différence d'une bien faible portée pratique.

CHAPITRE II

LES RESULTATS EN MATIÈRE DE FORME

La comparaison des principes suivis en matière de forme aux Etats-Unis, en Angleterre et en France, a montré le large domaine d'application de la loi locale dans ce domaine. Mais nous avons relevé des différences entre ces divers droits, d'abord quant au titre auquel intervient la loi locale et en second lieu quant au domaine d'application de cette loi (1). Nous devons maintenant rechercher, dans quelle mesure ces différences s'estompent lorsque l'on considère les résultats.

Deux hypothèses peuvent se présenter dans la pratique : le contrat a été passé dans les formes de la loi locale, ou au contraire il a été conclu dans des formes non admises par la loi locale.

SECTION I

LE CONTRAT EST PASSÉ DANS LES FORMES DE LA LOI LOCALE

Nous avons vu, en faisant l'exposé des droits américain et anglais, que ces deux droits aboutissaient en pareil cas aux mêmes résultats, le contrat étant tenu pour valable

(1) Cf. *supra* pp. 222 et, s.

aussi bien aux Etats-Unis qu'en Angleterre, par application de la loi locale (1).

Mais ce n'est pas seulement entre le droit américain et le droit anglais que l'on peut relever une similitude de solutions pratiques, c'est encore entre ces deux droits et le droit français. En effet, en droit français, la validité du contrat conforme à la loi du lieu de passation, ne saurait faire de doute. Cette solution découle directement de la règle coutumière *locus regit actum*, qui a précisément pour but, suivant l'expression de la haute Cour de Belgique (2) « de permettre à chacun d'accomplir pratiquement en tous lieux les actes de sa vie juridique ». Elle est d'ailleurs consacrée par une jurisprudence constante aussi bien dans le cas du contrat passé par un français à l'étranger (3) que dans celui du contrat passé en France par un étranger (4).

(1) La *lex loci actus* sera en effet appliquée aux Etats-Unis, comme loi du contrat, car elle fait produire des effets au contrat. (Cf. pour cette solution, l'arrêt *Scudder c. Union National Bank* analysé *supra* pp. 90 et s. et voy. sur la tendance des juges américains à appliquer comme loi du contrat la loi qui valide, nos explications sur la casuistique expérimentale qui est à la base de la détermination de la loi du contrat, *supra* pp. 145 et s.). Elle le sera également en Angleterre, puisque le droit anglais consacre en matière de forme, le principe de la compétence de la loi locale du contrat en l'absence d'une manifestation contraire de volonté. (Cf. *supra* pp. 100 et s.).

(2) Cass. de Belgique (1^{re} Ch.), 28 mai 1925, affaire *Cels c. Cels, Clunet*, 1926, p. 1054.

(3) Cf. notamment: Cass. civ., 11 juillet 1855, aff. *Giovanetti c. Orsini et Ramelli*, S. 1855-I-699. Cass. Req., 18 avril 1865, aff. *Stiepowitch c. Alléon*, S. 65-I-317.

(4) Cour de Rabaï, 5 juillet 1932, *Rev. de droit intern. privé*, 1933-324. Dans l'hypothèse d'un testament, voir Cass. civ., 25 août 1847, aff. *Quartin c. Quartin*, S. 47-I-712.

Ainsi donc, le contrat conforme à la loi du lieu de passation, est tenu pour valable en droit français, comme en droit américain et en droit anglais. Cette similitude de solution s'explique par l'adoption dans les trois droits de la règle *locus regit actum*, que cette règle soit invoquée expressément comme en France, ou simplement consacrée dans son résultat, comme aux Etats-Unis et en Angleterre.

Il est vrai que le domaine d'application de la règle varie quelque peu. Les formes soumises à la loi locale du contrat ne sont pas toujours les mêmes en Angleterre qu'en France. Par ailleurs aux Etats-Unis, la règle *locus regit actum* n'est pas une règle de rattachement spéciale aux conditions de forme, elle vise l'ensemble des conditions de validité du contrat.

Mais un examen attentif révèle le caractère accessoire de ces différences qui n'entament pas la règle elle-même. Celle-ci est consacrée d'une manière unanime dans les trois pays, indépendamment des conditions particulières qui peuvent l'accompagner, comme une véritable règle « du droit international ».

Elle repose, en effet, sur des considérations d'utilité pratique qui se retrouvent partout. C'est ce fondement essentiellement pratique de la règle qui explique son caractère facultatif, et le fait qu'un contrat passé dans des formes non admises par la loi locale n'est pas nécessairement nul.

SECTION II

LE CONTRAT EST PASSÉ DANS LES FORMES NON ADMISES PAR LA LOI LOCALE

En droit français, comme en droit américain et anglais, du fait que les tribunaux ont reconnu le caractère faculta-

tif de la règle *locus regit actum*, un contrat peut être tenu pour valable, alors même qu'il n'est pas passé dans les formes de la loi du lieu de passation. Mais les conditions de validité du contrat ne sont pas les mêmes qu'en droit américain et en droit anglais.

Dans ces deux droits, nous avons vu que le contrat pour être valable devait, s'il n'était pas conforme à la loi du lieu de passation, avoir été passé dans les formes de la loi propre du contrat (1).

En droit français au contraire, à défaut des formes de la loi du lieu de passation, le contrat ne sera valable que si les parties ont suivi celles de leur loi nationale. Cette solution résulte de ce que la loi locale n'est appliquée que comme un simple substitut à la loi nationale (2).

Quand donc le contrat n'est pas conforme à la loi du lieu de conclusion, les conditions requises pour qu'il soit valable ne sont pas les mêmes dans les droits américain et anglais et dans le droit français. Les différences entre les solutions suivies de part et d'autre, découlent directement des divergences de conceptions, quant au titre auquel intervient en matière de forme, la loi locale du contrat (3).

Nous avons indiqué, comment le droit français pourrait à notre avis s'inspirer utilement du droit anglais, en autorisant les parties, en matière de forme, à choisir entre la loi du lieu de passation et la loi du contrat (4). En atten-

(1) *Supra* pp. 89 et s. et pp. 101 et s.

(2) Cf. le passage de l'arrêt *Gesling c. Viditz*, rapporté *supra* p. 223.

(3) Sur ces divergences, voir *supra* pp. 222 et s.

(4) *Supra* pp. 224-225.

dant que cette réforme intervienne, l'importance pratique des différences qui séparent le droit anglais du droit français ne doit pas être exagérée. En réalité, elles sont d'une importance minime, du fait de la coïncidence fréquente entre la loi du contrat et la loi nationale, applicables respectivement en Angleterre et en France, à défaut de la loi du lieu de conclusion.

Ce qu'il convient au contraire de souligner, c'est la consécration aussi bien aux Etats-Unis et en Angleterre, qu'en France, du caractère facultatif de la règle *locus regit actum*, conséquence de son fondement d'utilité pratique.

CHAPITRE III

LES RESULTATS DANS LE DOMAINE

DES CONDITIONS DE FOND ET DES EFFETS

DU CONTRAT

Nous avons vu que dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat, le principe de l'autonomie de la volonté était consacré de façon unanime, aussi bien aux Etats-Unis et en Angleterre qu'en France. Mais nous avons relevé une opposition entre les droits américain et anglais et le droit français, quant à l'interprétation qui est donnée à ce principe. Il nous faut maintenant rechercher quelles sont les conséquences pratiques de cette opposition dans la détermination de la loi du contrat, en envisageant successivement les deux hypothèses susceptibles de se présenter : d'abord celle où les parties ont manifesté leur volonté, et en second lieu celle où elles ne l'ont pas manifestée.

SECTION I

LA DETERMINATION DE LA LOI DU CONTRAT

LORSQUE LES PARTIES ONT MANIFESTÉ LEUR VOLONTE

A première vue, on pourrait croire à l'existence d'un antagonisme profond entre les droits américain et anglais

et le droit français, puisque la conception anglo-américaine de l'autonomie de la volonté conduit à limiter la liberté des parties dans la détermination de la loi du contrat, tandis que la conception française a pour conséquence de laisser leur choix entièrement libre.

Mais, en réalité, cette opposition est plus théorique que pratique. Les cas où les parties expriment leur volonté sont rares (1) et la jurisprudence française ne fournit point d'exemples de décisions où les parties aient choisi une législation sans rapport avec le contrat. Si une pareille situation se présentait devant nos tribunaux, ils pourraient invoquer semble-t-il la théorie de la fraude à la loi et refuser de reconnaître des effets à la volonté des parties. Cette solution paraît en effet résulter d'un arrêt de la Cour de Bruxelles du 4 février 1936 (2), que nous avons déjà cité (3) comme illustrant particulièrement bien la conception française de l'autonomie de la volonté.

La Ville d'Anvers avait contracté un emprunt aux Etats-Unis en 1928 dont le principal et les intérêts étaient payables à New-York « en monnaie d'or des Etats-Unis de l'éta-

(1) Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, (cf. *supra* p. 233), les clauses expresses en faveur d'une loi donnée ne sont pratiquement jamais employées par les particuliers, on ne les rencontre guère que dans certains contrats commerciaux préparés d'avance.

(2) Bruxelles, 4 février 1936, affaire *Ville d'Anvers* (S. 1937-IV-1, avec une note de M. MESTRE). Bien que cet arrêt émane d'une juridiction belge, l'on peut raisonner sur lui comme s'il avait été rendu par une Cour française, étant donné la très grande similitude des jurisprudences française et belge en matière de conflits de lois. (Cf. sur ce point : LÉVY-ULLMANN, *Cours de droit international privé*, 1931-1932, p. 464).

(3) *Supra* pp. 237, note 3.

lon, poids et titre en vigueur au 1^{er} décembre 1928 ». La convention contenait une clause de référence au droit de New-York, que la Ville d'Anvers invoquait pour se libérer de sa dette en dollars dépréciés. Sa prétention fut rejetée par le Tribunal de première instance d'Anvers, mais accueillie par la Cour de Bruxelles qui, tout en fondant principalement sa décision sur l'existence de la clause visant le droit de New-York, souligna également le fait que ce droit avait d'étroits rapports avec le contrat (1). Voici comment s'exprime l'arrêt, pour justifier l'application du droit de New-York : « Que ce n'était pas seulement en vertu de la volonté exprimée par les contractants, mais encore conformément à la réalité des choses et à toutes les clauses et modalités insérées dans les titres d'emprunt, que les obligations de la Ville d'Anvers sont nées et doivent être exécutées dans l'Etat de New-York. »

L'arrêt rendu dans l'affaire de la Ville d'Anvers fait donc reposer l'application du droit de New-York non seulement sur la clause par laquelle les parties se réfèrent à ce droit, mais encore sur certains éléments objectifs du contrat. Il semble indiquer que la volonté des parties ne doit être suivie que lorsqu'elle est conforme à la réalité des choses, et que dans le cas contraire elle pourrait rester sans effet.

La théorie de la fraude à la loi constituerait, dans le cadre de la technique juridique française, un procédé commode

(1) L'arrêt souligne qu'à peu près tous les éléments de rattachement du contrat se trouvent réunis dans l'Etat de New-York : l'emprunt a été négocié à New-York avec une banque New-Yorkaise, « *the National City Bank of New-York* », il a été émis dans cette ville dans la forme américaine, et c'est là qu'il doit être remboursé, le montant du principal et des intérêts ayant été fixés en dollars.

pour arriver à cette limitation. La jurisprudence ne s'en est pas encore servie jusqu'à ce jour (1). Son emploi rapprocherait singulièrement le droit français des droits américain et anglais sur le terrain des résultats pratiques, sans qu'il en résulte pour le droit français, une réforme heurtant ses cadres traditionnels.

Si l'opposition entre la conception française et la conception anglo-américaine de l'autonomie de la volonté n'entraîne guère de conséquences pratiques lorsqu'il s'agit de conflit des lois dans l'espace, il n'en serait plus de même dans l'hypothèse d'un conflit des lois dans le temps. Il semble en effet que la conception subjective de la volonté doive conduire à permettre aux parties d'échapper à toute modification intervenant dans la loi qu'elles ont choisie, à la condition cependant d'exprimer clairement leur volonté à cet effet, puisque la loi d'autonomie est assimilée à une simple stipulation d'ordre privé (2).

Cette solution paraît découler de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Ville d'Anvers*, qui soulevait à côté d'un conflit des lois dans l'espace, un conflit des lois dans le temps. La Cour de Bruxelles avait en effet à déterminer si la législation de l'Etat de New-York, applicable pour les raisons précédemment indiquées, était celle en vigueur au moment de la conclusion du contrat, ou si au contraire la loi applicable

(1) Cf. *supra* pp. 283 et s.

(2) Cf. sur ce point : Konrad WOLFF, *Note* sous l'arrêt du *Reichsgericht* du 28 mai 1936, *Clunet*, 1936, p. 963 (à p. 967). Voir aussi dans le même sens et critiquant cette solution : HAMEL, *L'application des lois monétaires annulant les clauses or et les principes de conflits de lois*, *Nouv. Rev. droit intern. privé*, 1937, pp. 499 et s., à p. 509.

n'était pas le *Joint Resolution Act* promulgué postérieurement et frappant de nullité les clauses valeur or (1). Il fut jugé que la législation nouvelle était applicable au contrat et qu'en conséquence la Ville d'Anvers pouvait se libérer en dollars dépréciés. L'arrêt fonde cette solution sur le fait que les parties n'avaient pas déclaré exclure toute législation susceptible de modifier leur convention. Voici en quels termes il s'exprime : « Si les contractants voulaient exclure toute atteinte à cette clause par les lois futures de cet Etat, ils pouvaient et devaient le dire. »

La thèse de la Cour de Bruxelles apparaît donc, comme étant la suivante : les parties peuvent échapper à une disposition de la loi nouvelle, à la condition toutefois de le dire expressément. Il a même été jugé en France dans un arrêt récent de la Cour de cassation (2), qu'un contrat échappait

(1) Le *Joint Resolution Act* entré en vigueur le 5 juin 1933 décide que « toute stipulation qui a pour but de donner au créancier le droit d'exiger le paiement en or ou en un genre particulier d'espèce ou de monnaie des Etats-Unis, déterminée par pareille base, est déclaré contraire à l'ordre public », *Public Resolution n° 10, 73^e Congress Sess. 1. Ch. 48, U. S.* Cf. la traduction des motifs et de la partie la plus importante du texte dans REISS, *Portée internationale des lois interdisant la clause or*, Thèse Paris, 1936, pp. 20 et s.

(2) Cass. civ., 15 mai 1935. Aff. *Prévost c. Hampel*, *Nouvelle Revue de droit international privé*, 1935, p. 341, *Revue critique de droit intern.*, 1936, p. 463, avec une note de M. NIBOYET. Il y a évidemment là une « hypertrophie de la volonté » (cf. la note critique de M. NIBOYET). Il semble préférable d'exiger comme le suggère la Cour de Bruxelles dans l'Arrêt *Ville d'Anvers*, que les contractants aient expressément exclu toute législation nouvelle. La Cour de cassation dans un arrêt postérieur semble d'ailleurs ramener la doctrine de l'autonomie de la volonté à une forme plus normale, en décidant que des époux étrangers qui sont réputés s'être référés au droit français (leur domicile matrimonial étant en

à toute législation nouvelle, alors même que les parties n'avaient pas exclu cette éventualité, dans leur contrat, l'arrêt déclarant que la loi que les parties étaient présumées avoir choisie devait être celle du temps et du lieu de conclusion.

Il ne fait au contraire aucun doute, qu'avec la conception anglo-américaine de l'autonomie de la volonté, l'on aboutirait à la solution contraire. L'on serait en effet conduit à décider que les parties ayant par leur choix localisé leur contrat, doivent subir en bloc toute la législation sous l'empire de laquelle elles ont contracté.

La jurisprudence anglo-américaine n'offre malheureusement point d'exemple d'arrêts ayant soulevé cette question. Mais l'on peut s'appuyer sur la jurisprudence allemande, qui a adopté elle aussi une conception objective de l'autonomie de la volonté. Il a été jugé tout récemment par le *Reichsgericht* (1), que des parties qui avaient soumis leur contrat au droit de New-York, par une stipulation expresse, ne pouvaient échapper au *Joint Resolution Act* de 1933, bien que leur contrat ait été conclu antérieurement.

L'opposition entre la conception française et la conception anglo-américaine apparaît donc comme n'entraînant de conséquences pratiques qu'en cas de conflits dans le temps, la conception française permettant aux parties d'échapper à toute modification intervenant dans la loi qu'elles ont choisi-

France), ne peuvent échapper au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. (Req., 4 juin 1935, *Epoux Zeleer c. Schwab*, S. 1936-1-377, avec une note de M. NIBOYET).

(1) *Reichsgericht*, 28 mai 1936. Affaire *Aachener Kreissparkasse c. Giroverband*, *Clunet*, 1936-951, avec une note de M. Konrad WOLFF.

sie, la conception anglo-américaine au contraire, ne le permettant pas.

Mais l'importance pratique de cette différence est minime, les conflits dans le temps sont rares et dans beaucoup de contrats, la jurisprudence française a tendance à conserver à la loi d'autonomie un caractère obligatoire. La conséquence en est, que la loi une fois choisie ne souffre aucune dérogation et qu'elle modifie le contrat auquel elle s'applique, en cas de changement de législation. Les parties n'ont dès lors que le choix d'un statut obligatoire (1).

L'exemple le plus net, mais non le seul (2) est celui des contrats libellés en monnaies étrangères, pour lesquels la jurisprudence française a décidé que les parties seraient soumises aux variations légales de la monnaie qu'elles ont choisies dans leur contrat. Il y a acte de soumission à la loi monétaire (3).

SECTION II

LA DÉTERMINATION DE LA LOI DU CONTRAT LORSQUE LES PARTIES N'ONT PAS MANIFESTÉ LEUR VOLONTÉ

Lorsque les parties n'ont pas manifesté leur volonté, ce qui est de beaucoup le cas le plus fréquent, il semble que

(1) Cf. sur ce caractère obligatoire de la loi d'autonomie: J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la Jurisprudence en matière de conflit des lois depuis le début du XX^e siècle*, Thèse Paris, 1937, p. 537.

(2) Voir les références de Jurisprudence dans: J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cité*, pp. 537 et s.

(3) « La loi monétaire étrangère, quoiqu'elle soit un statut d'autonomie a donc toute la valeur d'une législation souveraine, et ne se laisse

l'opposition entre la conception subjective de l'autonomie de la volonté du droit français, et la conception objective du droit anglo-américain, ne peut entraîner aucune conséquence pratique. Pour déterminer la loi du contrat, le juge doit nécessairement recourir à un système de règles supplétives, en se laissant guider par les éléments objectifs du contrat. La même solution interviendra donc de part et d'autre, la seule différence résidera dans la manière dont cette solution sera formulée (1). Le juge français parlera pour déterminer la loi du contrat de « recherche et d'interprétation de la volonté hypothétique », tandis que le juge américain ou anglais déclarera qu'il faut pour déterminer la loi du contrat, « se laisser guider par les circonstances ».

La façon anglo-américaine de s'exprimer nous paraît meilleure, parce que plus claire. Comme Pillet (2) l'écrit très justement : « il n'y a pas de place pour l'interprétation de la volonté des parties, lorsque les parties ne se sont pas expliquées, et il est illusoire de décider ce que les parties auraient voulu, si elles avaient voulu. »

Mais il n'est pas surprenant que le juge français persiste à fonder ses solutions sur la volonté hypothétique des parties, jusque dans les arrêts les plus récents (3) et malgré les

point réduire au rang de simple disposition conventionnelle ». Cf. *op. cité*, note *supra*, p. 543.

(1) Cf. en ce sens : BALOGH, *Le rôle du droit comparé dans le droit international privé*, *Recueil des Cours de La Haye*, 1936-III, p. 577, à la page 677.

(2) PILLET, *Traité pratique de droit international privé* (1923-1924), t. II, p. 190, n° 488.

(3) Cf. Notamment : Cass. civ., 15 mai 1935. Affaire *Prévost c. Hampel*, *Nouvelle Revue de droit international privé*, 1935, p. 341. *Rev.*

critiques qui ont été élevées à cet égard. C'est qu'en effet la construction d'une volonté hypothétique permet à la Cour de Cassation de ne pas se prononcer sur la loi applicable, en qualifiant celle-ci de question de fait.

Le juge anglo-américain au contraire, ne connaissant pas la distinction des instances de fait et des instances de droit, n'a pas de raison de parler de volonté hypothétique, et peut ouvertement fonder sa décision sur les circonstances du contrat (1).

Cette différence dans la façon de s'exprimer, n'enlève rien à l'identité des solutions pratiques, données par des juges français et des juges américains ou anglais. S'appuyant sur les éléments objectifs du contrat, le juge français devra nécessairement se laisser guider par une casuistique expérimentale, car il n'y a pas de loi qui soit nécessairement applicable au contrat *à priori*, puisqu'il n'existe pas un contrat « mais des contrats aux formes et structures différentes » (2). Nous avons vu que la doctrine américaine n'avait pas réussi

crit. de droit intern., 1936, p. 463, avec une note de M. NIBOYET. La Cour de Cassation montre dans cet arrêt une tendance à reconnaître un large pouvoir au juge du fait, en jugeant que celui-ci « a pu décider en se fondant sur la volonté présumée des parties, qu'en l'absence de toute indication contraire, les effets de la convention envisagée devaient être déterminés par la loi du lieu et du temps, où elle avait été souscrite ». Voir en ce sens : BATIFFOL, *Chronique de jurisprudence française en matière de conflits des lois*, 1937-419 à p. 434.

(1) Cf. sur cette question : BALOGH, *op. cit.*, *supra* p. 677.

(2) CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé* (1927), p. 427. Voir aussi dans le même sens : NIBOYET, *Manuel* (1928), p. 802 et Charles LYON-CAEN, *Note sous Cass. civ.*, 5 déc. 1910, S. 1911-1-129, aff. *American Trading C^e c. Soc. de Navigation « Quebec Steamship C^e »*.

à construire de systèmes généraux, la jurisprudence aux Etats-Unis se laissant guider uniquement par des considérations d'intention et d'utilité (1). Ce sont bien évidemment ces mêmes considérations qui sont à la base des décisions de la jurisprudence française, les systèmes de la doctrine s'appuyant sur des présomptions plus ou moins arbitraires, n'ayant pas été adoptés par elle (2).

Cette casuistique des arrêts est décrite par M. Roguin (3) d'une manière particulièrement heureuse, dans les termes suivants : « Le juge examinera entre autre, quel a été le lieu de la conclusion du contrat et quel a été celui de son exécution. Il se préoccupera aussi du domicile, de l'indignat des parties, surtout quand l'un ou l'autre sera le même pour tous les contractants. Il tiendra compte également de la concordance dans les solutions de deux ou plusieurs lois en compétition. Et finalement, le juge prendra comme règle, la loi lui paraissant le mieux répondre aux circonstances du cas concret... ».

Cette méthode, qui est employée par la jurisprudence française (4), est également adoptée, nous l'avons vu, par les

(1) *Supra* pp. 145 et s.

(2) *Supra* pp. 231-232.

(3) Cf. le contre-projet de M. ROGUIN sur le conflit des lois en matière d'obligations contractuelles, à la Session d'Edimbourg de l'Institut de droit international. (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1904, p. 77).

(4) C'est ainsi que les arrêts se fondent sur les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et exécuté (cf. notamment: Paris (1^{re} Ch.), 25 juin 1931, *Mendelsohn c. Bloch*, *Clunet*, 1932, p. 993; Cass. civ., 31 mai 1932, *L'Etat c. Veuve Carathéodory*, S. 1932-I-17, avec une

juges américains (1) et anglais (2). Cela n'est pas surprenant. Elle n'est pas spécifique à un pays particulier, mais a au contraire un caractère essentiellement international. Les jurisprudences de tous les pays, au-dessus des divers systèmes et malgré les frontières, finissent en cette matière par édicter les mêmes solutions, parce qu'elles se trouvent en présence des mêmes besoins et des mêmes exigences du commerce international (3).

La doctrine devrait, au lieu de construire « des systèmes

note de M. NIBOYET), sur la langue employée dans le contrat (Colmar (2^e Ch.), 11 mars 1933, *Goldstein c. Banque Fédérative*, *Revue crit. de droit intern.*, 1934, p. 138), sur l'existence d'une référence sur un point particulier à un droit déterminé (Colmar, 3 février 1934, *Cotonnière de Mulhouse c. Tonxllier*, *Clunet*, 1934, p. 976, où il fut jugé que le fait pour les parties de s'être référées aux conditions du Syndicat Général de l'Industrie du Coton, indiquait qu'elles avaient eu l'intention de se soumettre au droit français), sur l'attribution de compétence aux juridictions d'un pays déterminé (Cass. civ., 19 février 1930, *Mardelé c. Muller et Cie*, *Revue de droit intern. privé*, 1931-514; Cass. civ., 27 janv. 1931, *Drambiccourt c. Rossart*, *Revue de droit intern. privé*, 1931, p. 515), sur le domicile et la nationalité des parties (Cass. Req., 19 mai 1884, *Vorbe c. Vorbe*, S. 1885-I-113, où la loi nationale commune est retenue, au contraire entre parties de nationalités différentes, la loi du lieu de conclusion est déclarée applicable, cf. en ce sens: Douai, 2 nov. 1933, *Carty c. Warnier*, *Clunet*, 1934-1195. Req., 28 décembre 1936, *Mayer c. Switzerland general insurance Co*, *Rev. crit. droit intern.*, 1937-682, avec une note de M. BATIFFOL).

(1) Cf. *supra* p. 148, le passage rapporté de l'arrêt *Wilson c. Lewiston Mill Co*.

(2) Cf. *supra* pp. 183-184, la description de la méthode de détermination de la loi du contrat, par le juge FRY dans l'arrêt *P. and O. Steam Navigation Co c. Shand*, et par le juge ATKIN dans l'arrêt *International Trustee c. The King*.

(3) Cf. sur ce point la conclusion; *infra* p. 320.

trop logiques pour être pratiques et concrets » (1), analyser cette jurisprudence qui a véritablement un caractère international, afin de dégager la casuistique sur laquelle elle fonde ses décisions (2).

(1) J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la Jurisprudence française en matière de conflit des lois, depuis le début du XX^e siècle*, Thèse Paris, 1937, p. 764.

(2) C'est la méthode que paraît avoir suivi M. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (cf. son *Précis de droit international privé*, 3^e éd., p. 447, n^o 360). Cet auteur en effet, pour déterminer la loi du contrat, préfère plutôt que de faire appel à des présomptions arbitraires, s'appuyer sur la teneur du contrat et retenir les particularités qui servent le plus souvent aux tribunaux, comme indices de volonté et que nous avons précédemment indiquées (cf. note 4, *supra* p. 313).

Certains efforts ont été également faits en ce sens, soit par l'Institut de droit international (voy. les règles élaborées à Florence en 1908 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XXII, p. 289), auxquelles le Tribunal de commerce de Bruxelles a fait récemment allusion (Trib. de commerce de Bruxelles, 11^e Ch., 26 janvier 1935, rapporté au *Clunet*, 1937, p. 851), soit par l'Association de droit international (voy. les règles élaborées à la Session de Vienne en 1936 pour le conflit des lois relatif au contrat de vente et au contrat de louage de services (*Rev. de droit international privé*, 1927 p. 315); soit enfin, sous forme de dispositions impérativement applicables dans le silence des parties, dans la loi polonaise du 2 août 1926, article 8 et 9. (Cf. *Annuaire de législation étrangère*, 1926, p. 220).

CONCLUSION DU LIVRE II

Au terme de cette étude un peu complexe, il n'est peut-être pas inutile de dégager dans une vue d'ensemble les points sur lesquels les droits américain, anglais et français se trouvent en harmonie ou au contraire en opposition, et de voir quel bénéfice l'on peut retirer pour le droit français, de l'étude des deux systèmes étrangers qui ont été analysés.

I. — C'est surtout entre le droit américain et le droit français que les différences sont marquées.

Elles concernent tout d'abord les principes suivis en matière de capacité et de forme : le droit français, comme le droit anglais, soumet ces deux ordres de questions à un régime spécial, alors qu'en droit américain elles sont assimilées aux conditions de fond.

Une seconde différence qui doit être signalée concerne l'attitude du juge à l'égard de la loi étrangère : le juge français, comme le juge anglais, est beaucoup plus porté que le juge américain à limiter l'application de la loi étrangère, ce qui se traduit dans la détermination de la loi du contrat, par une tendance plus marquée à appliquer la *lex fori* et, dans le fonctionnement de l'ordre public, par la

reconnaissance d'un champ d'application plus vaste à ce procédé d'élimination de la loi étrangère.

Ces différences entre le droit français et le droit américain découlent des situations différentes qu'ils ont à régir : dans un cas, conflits internationaux, dans l'autre conflits interétatiques. Elles sont inévitables. Il ne saurait être question d'introduire en France tout ou partie des solutions américaines qui ne seraient pas adaptées au droit français. Celui-ci, comme le droit anglais, doit conserver la technique des conflits internationaux et demeurer par là même opposé dans une certaine mesure, au droit américain.

Toutefois, l'importance de ces divergences ne doit pas être exagérée. Ce sont surtout des différences de technique qui tendent à s'effacer quand on considère les résultats.

C'est ainsi qu'en matière de capacité l'opposition entre le système français de la loi nationale et le système américain de la loi du contrat s'atténue considérablement par le jeu des nombreuses exceptions apportées en France à l'application de la loi nationale et, aux Etats-Unis, à l'application de la loi du contrat. Ces exceptions conduisent à penser d'un point de vue doctrinal, qu'en ce domaine, ni la loi personnelle, ni la loi du contrat ne peuvent être exclusivement appliquées mais, qu'au contraire, il convient de combiner ces deux lois pour tenir compte de tous les intérêts en jeu, comme le fait le droit anglais.

En matière de forme et dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat, le rapprochement entre le droit américain et le droit français est encore plus marqué, puisque l'on trouve consacré aussi bien aux Etats-Unis qu'en France et aussi en Angleterre d'ailleurs, deux prin-

cipes fondamentaux : La *règle locus regit actum* avec son caractère facultatif en matière de formes et le principe de l'autonomie de la volonté pour ce qui est des conditions de fond et des effets du contrat. N'est-ce pas là la meilleure preuve de la valeur de ces solutions et la critique ne perd-elle pas ses droits devant les enseignements de l'histoire et du droit comparé ?

Il subsiste évidemment entre le droit américain et le droit français une différence assez considérable quant à l'attitude du juge en présence de la loi étrangère, le juge américain étant beaucoup moins porté que le juge français à écarter celle-ci, notamment au nom de l'ordre public.

Mais à y regarder de plus près, on s'aperçoit que cette différence n'est que la contre-partie d'une compétence plus étendue reconnue par le droit français à la loi étrangère, en vertu des principes du droit international privé. En réalité, le juge français, lorsqu'il élargit le champ d'application de l'ordre public, ne fait que rétablir un équilibre quelque peu rompu au profit de la loi étrangère.

II. Si l'on rapproche maintenant le droit anglais et le droit français, les divergences vont encore s'atténuer. Dans ces deux pays, les conflits se présentent sur le plan international, et ceci explique l'adoption de techniques analogues pour la solution de ces conflits en matière de capacité, de forme ou encore dans le fonctionnement de l'ordre public. Cependant ici aussi des différences subsistent, soit en matière de capacité quant au choix de la loi personnelle et quant à son domaine d'application, soit en matière de forme quant

au titre auquel intervient la loi locale du contrat et quant aux formes qui dépendent de cette loi.

Ces divergences s'expliquent par le fait que sous la double influence de la codification et du principe des nationalités, la France s'est progressivement éloignée des principes de la coutume internationale, alors que l'Angleterre et les Etats-Unis leur demeuraient fidèles.

L'étude du droit anglais suggère pour le droit français, nous l'avons montré, l'adoption de réformes d'un caractère nettement limité, qui seraient relativement aisées à introduire. La jurisprudence les devance en consacrant, en matière de capacité, une régression de la loi nationale au profit de la loi du domicile et de la loi du lieu de conclusion, et en renforçant en matière de forme, le caractère facultatif de la règle *locus regit actum*. Par ses résultats, cette jurisprudence tend à rapprocher le droit français du droit anglais.

III. Ainsi la comparaison des droits américain, anglais et français conduit à constater que les différences qui les séparent sont surtout des différences de technique et que ces droits tendent à se rapprocher dans leurs résultats (1).

(1) C'est là un phénomène qui n'est pas particulier à notre matière et que met fréquemment en lumière la comparaison du système continental et du système anglo-saxon. (Cf. en ce sens: LÉVY-ULLMANN, *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais*. (*Annales de droit commercial*, 1920-1921, p. 279 et s., et 1920, pp. 41 et s. Cf. à p. 54). Voir aussi: BUCKLAND and ARNOLD MCNAIR, *Roman law and Common Law: A comparison in outline* (1936), analysé dans (1937), 47 *Yale Law Journal* 157).

M. HAMEL, dans une récente étude sur la loi applicable à la détermination de la validité des clauses or, est amené à cette constatation, que

Ce rapprochement s'explique par l'existence en notre matière de certains besoins communs, correspondant à des exigences du commerce international et qui sont pris en considération par la jurisprudence dans les trois pays. Examinons quels sont ces besoins.

C'est, en matière de capacité, le besoin de concilier la protection des tiers avec celle de l'incapable, qui conduit à apporter des restrictions à l'application exclusive, soit de la loi personnelle, soit de la loi du contrat.

C'est en matière de forme, le désir de « permettre à chacun d'accomplir en tous lieux, tous les actes de sa vie juridique » qui entraîne l'adoption de la règle *locus regit actum* avec son caractère facultatif.

C'est enfin pour les conditions de fond et les effets du contrat, devant l'impossibilité de trouver un principe applicable dans tous les cas en dehors du principe de l'autonomie de la volonté, la nécessité d'admettre ce principe comme une sorte de solution de secours.

IV. En donnant satisfaction à ces exigences du commerce privé international, la jurisprudence indique qu'il

malgré des différences de technique (principe de l'autonomie de la volonté, système du lieu du paiement ou système du lieu d'émission), devant un même problème; celui de la détermination de la loi applicable à un emprunt émis dans le public américain par des collectivités européennes, la même solution intervient dans la jurisprudence de tous les pays: la clause *or* est nulle par application de la Joint Resolution de 1933 du droit américain (Cf. HAMEL, *L'application des lois monétaires annulant les clauses or et les principes des conflits de lois*, *Nouv. Rev. de droit intern. privé*, 1937, pp. 499 et s., à la p. 524). C'est là ce que M. E. LAMBERT appelle un « parère de jurisprudence comparative » (cf. E. LAMBERT, *Un parère de jurisprudence comparative*, Paris, 1914).

faut, en droit international privé, aller au-delà de la simple analyse du droit interne et s'appuyer sur les données propres à la vie internationale afin de tenir compte de la totalité des intérêts en jeu.

Cette méthode est particulièrement féconde. Elle permet de dégager des solutions universelles, en faisant revivre les principes de la coutume internationale. Elle prépare, pour un avenir plus ou moins rapproché, le moment où la codification de cette branche du droit sera possible (1). Elle commence à être adoptée par la doctrine (2).

*
* *

C'est avec un certain scepticisme que ce travail avait été entrepris. La difficulté des problèmes que soulèvent en droit français les conflits de lois en matière de contrats, et la diversité des solutions proposées par les auteurs pour résoudre ces conflits, nous paraissaient en effet vouer à l'échec pour longtemps, tout effort d'unification en cette matière.

Cependant, l'analyse des jurisprudences américaine et anglaise nous a graduellement découvert, qu'en définitive ces jurisprudences suivent, dans leurs grandes lignes, les mêmes solutions que la jurisprudence française et que les différences qui subsistent entre elles ne concernent que la technique des systèmes. Ainsi donc, au désaccord qui règne

(1) Sur les possibilités de codification du droit international privé : Voy. les discussions que cette question a soulevées à la Société d'Etudes législatives (« *Opinions sur la codification du droit international privé* », *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1931, p. 331).

(2) Cf. notamment : LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé* (3^e éd.), pp. 243-244.

parmi les auteurs, s'oppose au contraire, en notre matière, une très grande unité dans les solutions de la jurisprudence.

Ceci peut s'expliquer par ce fait, que les systèmes de la doctrine ont un caractère essentiellement subjectif, qui varie suivant l'esprit et la mentalité de leur auteur, tandis que les solutions de la jurisprudence sont partout inspirées par la même préoccupation de parvenir à satisfaire les exigences du commerce international, ce qui conduit à faire revivre les principes de la coutume internationale.

Puisque les tribunaux des différents pays sont ainsi parvenus instinctivement, sans dessein préconçu, et poussés uniquement par des nécessités pratiques, à des solutions que l'on peut dire universalistes, il semble que la doctrine a le devoir d'analyser leurs décisions, car elle est mieux placée que le juge national pour mettre en lumière les facteurs de rapprochement, souligner les solutions générales, en les coordonnant en un système cohérent.

Cette collaboration si souhaitable entre la Science et le Droit positif semble se développer de nos jours (1). Nous pouvons donc mettre le point final à ce travail en professant une certaine confiance dans l'avenir du droit international privé, confiance basée sur la conviction que la diversité des cadres nationaux n'empêchera pas l'élaboration graduelle d'un droit international privé universel.

(1) Voy. en ce sens : NIBOYET, *Considérations sur quelques idées actuelles en France, en matière de conflits de lois. Mélanges Mahaim*, vol. II (1935), pp. 663 et s., à la p. 679.

NOTE

Le travail était déjà terminé lorsqu'une communication fort intéressante a été présentée par M. Batiffol au Comité français de droit international privé, sur les règles américaines relatives au conflit des lois en matière de contrats (1). Nous sommes heureux de constater que M. Batiffol arrive aux mêmes conclusions que nous-même, quant aux solutions de la jurisprudence américaine : consécration du principe de l'autonomie de la volonté, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant le caractère impératif ou facultatif des règles en droit interne, rejet de tout système tendant à morceler le contrat et adoption d'une loi unique pour régir celui-ci.

Sur un seul point, nos idées et celles de M. Battifol diffèrent légèrement. Il s'agit du système adopté par la jurisprudence américaine pour la détermination de la loi du contrat, lorsque les parties n'ont pas manifesté leur volonté. M. Batiffol croit découvrir dans les arrêts une tendance à préférer la *lex loci solutionis* à la *lex loci contractus*. Nous sommes plutôt porté à penser que la jurisprudence américaine ne fait preuve d'aucune préférence systématique. Elle s'oriente, croyons-nous, vers le principe anglais de la loi propre du contrat, la conduisant à choisir celle des deux lois qui correspond le mieux aux conditions particulières de chaque cas et à la nature spéciale du contrat.

(1) Cette communication faite le 24 janvier 1938, intitulée : « *Le profit qu'on peut tirer en France des règles américaines des conflits de lois sur les contrats* », paraîtra dans les *Travaux du Comité français de droit international privé*, année 1937-1938.

Mais M. Batiffol nous fera connaître d'une manière plus complète le résultat de ses recherches dans un ouvrage important qui paraîtra prochainement. Nous sommes très heureux de voir un auteur particulièrement qualifié s'attaquer à ce chapitre si redoutable des contrats en droit international privé et adopter la méthode comparative que nous avons préconisée et suivie dans tout ce travail.

VU : *Pour le Doyen, l'Assesseur,*

GEORGES RIPERT.

VU : *Le Président de la Thèse,*

HENRI LÉVY-ULLMANN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

G. ROUSSY.

LISTE DES DÉCISIONS DE JURISPRUDENCE CITÉES AU COURS DE L'OUVRAGE

I

DÉCISIONS AMÉRICAINES CLASSÉES PAR LES NOMS DES PARTIES
DANS L'ORDRE ALPHABÉTIQUE

A

Adams c. Robertson, 37 Ill. 45 (1865)	136
Akers c. Demond, 103 Mass. 318 (1869)	165
Anglo Continental Treuhand A. G. c. St-Louis South- western Ry. C°, 81 Fed. (2 d.) 11 (1936).....	168
Armstrong c. Best, 112 N. C. 59 (1893).....	51
Arnold c. Potter, 22 Ia. 194 (1867)	140

B

Baer c. Terry, 105 La. 479 (1901)	53
Barbee R. S. & C° c. Bevins, 176 Ky. 113 (1912).....	50
Bigelow c. Burnham, 83 Ia. 120 (1891).....	141
Bowles c. Fiels, 78 Fed. 742 (1898).....	50
Bothwell c. Buckbee Mears C°, 275 U.S. 274 (1927)....	167
Bowman c. Price, 143 Tenn. 366 (1920).....	140
Bramwell c. Conquest, 2 S.W. 1934 (1925).....	51
Brierley c. Commercial Credit C°, 43 Fed. (2d) 724 (19'0) .	143
Brown c. Ford Motor C°, 48 Fed. (2d) 732 (1931).....	130
Buhl c. Stephens, 84 Fed. 922 (1898).....	96
Burr c. Beckler, 264 Ill. 230 (1914).....	144

C

Carnegie c. Morrison, 2 Metc. 381 (1841).....	133
Case c. Dodge, 18 R.I. 661 (1894).....	52, 54

D

Denio J. W. Milling C° c. Malin, 25 Wyo. 143 (1917)....	149
Dein's Adm' R c. Gibbs, 257 Ky 469 (1925)	50, 117

F

Flittner c. Equitable Assurance Society, 30 Cal. app. 209 (1910)	130
Freret c. Taylor, 119 La. 307 (1907)	38

G

George c. Hass, 311 Ill. 382 (1924)	144
Gerli E. & C° c. Cunard S.S. C°, 84 Fed. (2d) 115 (1931)	137, 165
Gregg c. Fitzpatrick, 187 S.E. 730 (Ga 1936)	147
Grenn c. Northwestern Trust C°, 128 Minn. 30 (1914)	140
Greenlee c. Hardin, 157 Miss. 229 (1930)	134

H

Hall c. Cordell, 142 U.S. 116 (1891)	90, 91, 92, 144
Hammerstein c. Sylva, 66 Misc. 550 (1910)	41, 42
Heaton c. Eldrige, 58 Ohio. St 87 (1897)	96
Hubbard c. Exchange Bank, 72 Fed. 234 (1896)	90
Huey's Appeal, I Grant's. Pa. Case 51 (1854)	43
Hunt c. Jones, 12 R.I. 265 (1879)	90

I

International Harvester C° c. Mc. Adams, 142 Wisc. 114 (1910)	47, 53
International Text Book C° c. Connely, 206 N.Y. 188 (1912)	41

J

Jones c. Metropolitan Life Insurance C°, 216 N.Y. Supp. 4 (1936)	154
--	-----

K

Kelly c. Davis, 28 La. Ann. 773 (1876)	38
Kennedy c. Cochrame, 65 Me. 594 (1876)	164

L

Lams c. Smith C°, 105 A.L.R. 646 (Delaware 1935)	50, 97
Law c. Smith, 68 N.J. Eq. 81 (1904)	50
Liverpool & Great Western Steam C° c. Phenix Insurance C°, 129 U.S. 397 (1889)	150
London Finance C° c. Shattuck, 221 N.Y. 702 (1917)	143

Loucks c. Standard Oil C° of New York, 224 N.Y. 99 (1918)	160
Luca's Estate in Re, 261 N.W. 117 (Mich. 1935).....	146

M

Mc. Donald c. Mc. Donald, S. 1936.4.18 (Calif. 1936)....	259
Marks c. Germania Savings Bank, 113 La. 659 (1903)....	38
Matthews c. Murchison, 17 Fed. 760 (1883).....	38
Morgan c. New-Orleans M. and T.R.R., 2 Woods. 244 (1876)	151
Mutual R.F.J.Assurance C° c. Minehart, 72 Ark. 630 (1904)	138
Milliken c. Pratt, 125 Mass. 374 (1878).....	39, 41

N

National City Bank c. Barrenger, 143 La. 14 (1918).....	53
Nichols and Shepard C° c. Marshall, 108 Ia. 518 (1899).	40, 41

O

Oceanic Steam Navigation C° c. Corcoran, 9 Fed. (2d) 724 (1925)	163
--	-----

P

Palmer National Bank c. Van Doren, 260 Mich. 310 (1932)	41
Pritchard c. Norton, 106 U.S. 124 (1882).....	152

R

Richard c. American Union Bank, 241 N.Y. 163 (1925)..	156
Ritch c. Hyatt, 3 Mc. Arthur 536 (1879).....	38
Robinson c. Queen, 87 Tenn. 445 (1889).....	46

S

Scudder c. Union National Bank, 91 U.S. 406 (1875)..	90, 91
	92, 93, 131, 144, 199
Schannon c. Georgia State Building and Loan Associa- tion, 78 Miss. 955 (1901)	141, 142
Straesser Arnold C° c. Franklin Sug. Ref. C°, 8 F. (2d) 601 (1925)	96
Strauss and C° c. Canadian Pacific Railway C°, 254 N.Y. 564 (1930)	160, 162

T

Tallmadge In Re, 109 Misc. Rep. 696 (1919).....	249
Taylor c. Leonard, 275 S.W. 134 (Tex. Civ. App. 1925) ..	51
Thompson c. Taylor, 66 N.J. 253 (1901)	49
Twentieth Street Bank c. Diehl, 85 S.W. (2d) 865 (Kentucky, 1935)	50

U

Union Securities C° c. Adams, 33 Wyo. 45 (1925).....	161
Union Trust C° c. Grossman, 245 U.S. 412 (1918).....	51
University Chicago c. Dater, 270 N.W. 175 (Mich. 1936) .	249, 252

V

Veytia c. Alvarez, 30 Ariz. 316 (1926).....	161, 162
---	----------

W

Wilson c. Lewiston Mill C°, 150 N.Y. 314 (1896)....	148, 314
---	----------

II

DÉCISIONS ANGLAISES CLASSÉES PAR LES NOMS DES PARTIES
DANS L'ORDRE ALPHABÉTIQUE

A

Adelaide Electric Supply C° Ltd c. Prudential Assurance C° Ltd, A.C. 122 (1934)	186
Adriatic The, P. 241 (1931).....	176
Alves c. Hodgson, 7 T.R. 241 (1797)	104
Annesly In Re, Ch. 692 (1926)	254
Anselme Dewarin fils et C ^{ie} c. Wilson and N.E.R. Ship- ping C°, 52 Ll.4. Rep. 16 (1935).....	174

B

Béeche et autres c. The South American Stores, A.C. 148 (1935)	193
Berthiaume c. Dastous, A.C. 79 (1930)	101
Broken Hill Proprietary C° Ltd c. Latham, Ch. 373 (1933)	186
Brook c. Brook, 3 Sm. & Giff. 510 (1857) (1 ^{re} décision) ; 9 H.L.C. 193 (1861) (2 ^e décision).....	63, 65, 66, 67

C

Chatenay c. Brazilian Submarine Telegraph C°, 1 Q.B. 79 (1891)	179, 187
Chetti c. Chetti, P. 67 (1909)	74, 82, 268
Clegg c. Levy, 3 Camp. 166 (1822)	104
Compton c. Bearcroft, 2 Hagg. Con. 444 N. (1769)....	59, 227
Cooke's c. Trusts In Re, 56 4 J. Ch. 637 (1887).....	65, 68
Cooper c. Cooper, 4 R. App. Cas. 88 (1888).....	65, 82

D

Dalrymple c. Dalrymple, 2 Hagg. Con. 54 (1811).....	59, 227
---	---------

G

Gibson c. Holland, 4 R.I.C.P.1. (1865).....	109
Guepratte c. Young, 4 De G. and Sm. 217 (1851).....	102

H

Hamlyn and C° c. Talisker Distillery, A.C. 202 (1894). .	174, 176
--	----------

I

Industrie The, P. 58 (1894).....	176
International Trustee c. The King, 52 T.L.R. 82 (1935), 1 ^{re} décision	183
— 3 All.E.R. 407 (1936) 2 ^e décision.....	183, 193
— 2 All.E.R. 164 (1937) 3 ^e décision.....	183

J

Jacobs c. Crédit Lyonnais, 12 Q.B.D. 589 (1884). .	177, 180, 187
Jones c. Dickinson, 7 S.C.Q. 313 (1893)	76
Jones c. Ocean Steamship C°, 2 K.B. 730 (1924).....	182

K

Kent c. Salmon, Trans. Prov. Div. 637 (1918)	79, 80
Kursell c. Timbers operators & contractors, 1 K.B. 298 (1927)	193
Kwik Hoo Tory Hand Maatshapis c. James Finlay and C°, A.C. 604 (1927)	174

L

Leroux c. Brown, 12 C.B. 801 (1852).....	108, 109
Llyod c. Guibert, L.R. 1 Q.B. 115 (1865).....	175

M

McFeetridge c. Stewarts & Lloyd, Sess. Cas. 773 (1913).....	79
Male c. Roberts, 3 Esp. 163 (1799)	58, 79, 81
Marine Insurance C° c. Assecuranz-Union, 52 Ll.L. Rep. 16 (1935)	174
Mette c. Mette, 1 Sw. and Tr. 416 (1859).....	65
Middleton c. Jarvis, 2 Hagg. Con. 437 (1802).....	60
Missouri Steamship C° In Re, 42 Ch.D. 321 (1889) ..	182, 191

N

Njegos The, P. 90 (1936)	173
--------------------------------	-----

O

Ogden c. Ogden, P. 46 (1908)	73, 74, 82, 266
Osborne c. Rowlett, 13 Ch.D. 774 (1880)	70

P

P. and O. Steam Navigation C° c. Shand, 3 Moo.P.C. (N.S.), 272 (1865)	179, 182, 314
--	---------------

Q

Queen (The) c. Millis, 10 Cl. & T. 534 (1844).....	62
--	----

R

Ralli Brothers c. Campania Naviera Sota y Aznar, 1 K.B. 614 ; aff. 2 K.B. 287 (1920)	192, 193
Robinson c. Bland, 2 Burr. 1077 (1760)	181

S

Saint Joseph The (1933), P. 119.....	179
Saint Pierre c. South American Store, 1 K.B. 382 (1936) 1 ^{re} décision	193
— 2 All.E.R. 206 (1937) 2 ^e décision	193
Simonin c. Mallac, 294 J. (N.S.) P. 97, 2 Sw. & Tr. 67 (1860)	60, 61, 66, 67
Sottomayer c. De Barros, 2 P.D. 81 (1877) 1 ^{re} décision..	66
— 3 P.D. (C.A.) (1877) 2 ^e décision.....	63, 66, 69, 70, 77
— 5 P.D. 94 (1879) 3 ^e décision	66, 67
South African Breweries c. King, 2 Ch. 173 (1899).....	182
Spurrier c. La Cloche, A.C. 446 (1902).....	174

Steele c. Braddell, Milw. Eccl. Rep. Ir. 1 (1838).....	59
Sussex Peerage case, 11 Cl. & F. 85 (1844).....	61

V

Van Grutten c. Digby, 31 Beav. 561 (1862).....	105
Viditz c. O'Hagan, 2 Ch. 569 (1899).....	65

III

DÉCISIONS FRANÇAISES PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE

A

Cour de Cassation

Civ., 25 août 1847 : Quartin c. Quartin, S. 1847.1.712...	300
Civ., 11 juillet 1855 : Giovanetti et Raffi c. Orsini et Ramelli, S. 1855.1.699	300
Req., 16 janvier 1861 : Lizardi c. Chaize et autres, D. P. 1861.1.193	269, 270, 272, 296
Req., 18 avril 1865 : Stiepowitch et autres c. Alléon, S. 1865.1.317	300
Req., 19 mai 1884 : Vorbe c. Vorbe, S. 1885.1.113	314
Req., 10 novembre 1896 : C ¹ ^o des C.F. de l'Est c. Godefroy, D. P. 1897.1.313	263
Civ., 14 juin 1899 : Abdy c. Abdy, S. 1900.1.225	228
Civ., 20 juillet 1909 : Gesling c. Viditz, S. 1915.1.165, 223, 302	
Req., 1 ^{er} mars 1910 : V ^{re} Humann c. Soulié, Revue droit intern. privé, 1910.870	254
Civ., 5 déc. 1910 : American Trading C ^o c. Sté de navigation Québec Steamship C ^o , S. 1911.1.129... 235, 312	
Civ., 19 novembre 1923 : Antonietti c. Antonietti et autres, Clunet 1924.163	264
Civ., 18 juillet 1926 : Bernard et autres c. V ^{re} Bernard et autres, Revue droit intern. privé, 1927.304	280
Req., 2 août 1926 : Comptoir d'Escompte de Genève c. D ¹ ^{re} Abate, S. 1926.1.338	242
Civ., 19 février 1930 : Mardelé c. W. et H. Muller et C ¹ ^{re} , Clunet 1931.90	243, 314
Civ., 12 mai 1930 : Sté des papeteries du Bas-Rhin c. Sté Béziers, Clunet 1931.164	240
Civ., 27 janvier 1931 : Dambricourt c. Rossart, Clunet 1932.93	243, 314
Civ., 31 mai 1932 : L'Etat c. V ^{re} Carathéodory, S. 1933.1.17	313
Civ., 9 janvier 1931 : United States Shipping Board c.	

C ^{ie} Forestière de l'Afrique Française, Revue Crit. droit intern. 1934.915	240
Req., 26 décembre 1934 : Planche c. Beaupain, Clunet 1936.166	241
Civ., 15 mai 1935 : Prévost liquid. jud. Wismer c. Hampel, Revue crit. droit. intern. 1936.463... 235, 308, 311	
Req., 4 juin 1935 : Epoux Zeleer c. Schwab, S. 1936.1.377, 309	
Civ., 21 juillet 1936 : Société anonyme des papeteries de France c. Montagne et autres, Revue crit. 1937.173. 242	
Req., 28 décembre 1936 : Mayer c. Switzerland General Insurance C ^o , Revue Crit. droit intern. privé, 1937. 682	314

B

Juridictions inférieures

Paris, 17 juin 1834 : Fontellas c. Lemonnier et Desbarres, S. 1834.2.371	269
Paris, 15 octobre 1834 : Seller c. Knapp, S. 1834.2.657.. 269	
Paris, 9 juin 1857 : Jolly Leclerc c. Martini, S. 1857.2.755 275	
Paris (3 ^e ch.), 8 février 1883 : Hartog c. Lussac, D. P. 1884.II.24	270
Trib. civ. Seine, 8 mars 1884 et Cour de Paris, 26 juin 1884 : Abel c. Abel, Clunet 1884.637	260
Besançon, 30 novembre 1887 : Monthieu c. Stahman, S. 1890.2.59	263
Trib. civ. Seine (1 ^{re} Ch.), 3 août 1888 : Guntzberger Winberg c. Rivière, Clunet 1890.872	261
Trib. com. Havre, 9 novembre 1891 : Dame Adderly c. Langstaff, Clunet 1892.1.141	255
Trib. civ. Seine (7 ^e Ch.), 10 février 1893 : Anonyme, Clunet 1893.530	256
Trib. Arrt. Pontoise, 11 juillet 1894 : Adby c. Abdy, Clunet 1895.105	255
Trib. civ. Seine (7 ^e Ch.), 2 juillet 1897 : Dame Garnier c. époux Digby, Clunet 1898.363	276
Trib. civ. Pau, 28 juillet 1904 : D ^{ne} L. L. G. M. et L. C. M... et L. c. époux P., Clunet 1905.194	255
Trib. civ. Seine (5 ^e ch.), 9 juin 1905 : Eyrès c. Doeuillet, Clunet 1905.1040	256, 275
Bordeaux (1 ^{re} Ch.), 11 avril 1906 : Schwabach-Marzdaf c. Landau, Clunet 1906.1.119	270
Trib. civ. Seine, 10 avril 1907 : Kotschoubey c. Baer, Clunet 1908.478	275
Paris (7 ^e ch.), 5 novembre 1907 : Kotschoubey c. Baer, Clunet 1908.478	276
Trib. civ. Seine (5 ^e ch. suppl.), 17 juin 1908 : Beer c. Prince Yourewsky, Clunet 1909.4476.....	275

Trib. civ. Seine (1 ^{re} ch.), 10 juillet 1910 : Sanchez c. Wallerstein, Clunet 1911.912.....	279
Trib. civ. Seine, 31 décembre 1910 : Anonyme, D. 1911.5.11	261
Paris (1 ^{re} ch.), 24 mai 1911 : Consorts Chidiac c. Legge, Clunet 1911.1265	276
Alger (1 ^{re} ch.), 26 mai 1919 : Guez c. Ben Attar, Clunet 1920.241	279
Trib. civ. Dreux, 22 juillet 1925 : Anonyme, Clunet 1926.643	240
Colmar (1 ^{re} ch.), 24 février 1926 : Mayer et Schaumer c. Marande, Clunet 1927.729	240
Rennes (1 ^{re} ch.), 26 juillet 1926 : Muller c. Mardelé, Revue droit intern. privé, 1927.523	232, 285
Trib. civ. Seine, 16 février 1928 : Briantchaminoff c. Pontiatine, Clunet 1931.1119	264
Paris (1 ^{re} ch.), 18 avril 1929 : Société Beer c. Humphries et autres, Revue crit. droit intern. 1935.149	275
Trib. civ. Nice, 30 mai 1930 : Société Jean Patou c. V ^{re} Mortimer-Harley, Revue droit intern. privé, 1930.689	240
Paris (1 ^{re} Ch.), 25 juin 1931 : Mendelsohn c. Bloch, Clunet 1932.993	313
Paris, 9 février 1931 : D ^{lle} Vinot c. Villerelle, D. 1931.2.37	286
Trib. civ. Seine (1 ^{re} Ch.), 2 juillet 1932 : Florsheim c. Delgado, Clunet 1933.73	242
Rabat, 5 juillet 1932 : Anonyme, Revue droit intern. privé 1933.324	300
Paris (1 ^{re} Ch.), 3 février 1933 : Affaire Basvelo, Revue Crit. droit intern., 1935.434	264
Colmar (2 ^e Ch.), 11 mars 1933 : Goldstein c. Banque Fédérative, Revue Crit. droit intern., 1934.138.....	314
Trib. civ. Seine, 31 mai 1933 et Cour de Paris., 3 avril 1936	243
Crédit foncier égyptien c. Boncompagne, D. 1936.II.78...	243
Paris (3 ^e Ch.), 22 juillet 1933 : Pietraru c. Sté Weyl Sauerbach et C ^{ie} , Revue Crit. droit intern., 1935.424	270, 272, 296
Douai (2 ^e Ch. civ.), 2 novembre 1933. Carty c. Warnier, Clunet 1934.1195	314
Chambéry, 29 janvier 1934 : Killchemann c. Banque Commerciale d'Annecy, Revue Crit. droit intern. privé 1935.133	271
Colmar (2 ^e Ch. civ.), 3 février 1934 : Cotonnière de Mulhouse c. Tonxllier, Clunet 1934.976.....	314
Chambéry, 23 juillet 1934 : Duparc c. Norcteau, Clunet 1935.352	271
Trib. com. Seine, 26 juillet 1934 : De Galattie c. Banque des Pays de l'Europe Centrale, Revue Crit. droit intern. 1935.144	240

Paris, 28 février 1935 : Lutz c. Blondel, Revue Crit. droit intern. 1935.748	241
Trib. Mixte Tanger, 18 mai 1935 : Dame Colgate c. Bengellonne-Maspero, Revue Crit. droit intern. 1936.131	242
Paris, 21 mai 1935 : Dame Hoffmann c. Rousel Hoadley, Revue Crit. droit intern. 1936.149	241
Paris (1 ^{re} Ch.), 26 mars 1936 : Banque des Pays dits d'Europe Centrale c. Banque Française Commerciale et Financière, Revue Crit. droit intern. 1936.487	242
Colmar (1 ^{re} Ch.), 16 février 1937 : Geissmann c. Bentzinger, Revue Crit. droit intern. 1937.685	242

IV

DÉCISIONS D'AUTRES PAYS PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE

Cour Suprême d'Autriche, 15 avril 1911 : Anonyme, Revue droit intern. privé 1912.147	240
Cour de Cassation de Belgique (1 ^{re} Ch.), 28 mai 1925 : Cels c. Cels, Clunet 1926.1054	300
Cour de Prudhomme d'Appel d'Anvers, 28 septembre 1931 : Fabo c. Congo Manè, Clunet 1934.451	241
Trib. de com. d'Anvers (4 ^e Ch.), 19 octobre 1932 : Sté en nom collectif Dryepont et fils c. Agence Maritime Internationale, Clunet 1934.451	241
Reichsgericht (2 ^e Ch. civ.), 7 juillet 1934 : H. défendeurs c. The Jewish Colonial Trust limited demandeurs, Revue Crit. droit intern. 1935.447	241
Trib. com. de Bruxelles, 26 janvier 1935 : Anonyme, Clunet 1937.851	315
Cour de Bruxelles, 4 février 1936 : Ville d'Anvers c. la Belgique industrielle, S. 1937.4.1	237, 305, 308
Reichsgericht, 28 mai 1936 : Aachener Kreisparkasse c. Giroverband, Clunet 1936.951	236, 309

BIBLIOGRAPHIE ANALYTIQUE

I. — Droit américain

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the law of conflict of laws*, Washington 1934.

BEALE (J. H.). — *A selection of cases on the conflict of laws*, 2 vol., 2^e éd. 1927.

— *Summary of the conflict of laws*, 2^e édi. 1935, précis de droit international privé, traduit dans la Revue critique de droit international 1937 p. 1 et s. et p. 393 et s.

— *A treatise on the conflict of laws*, 3 vol., New-York 1935.

CHEATHAM (E.), DOWLING (T.) and GOODRICH (F.). — *Cases and other materials on conflict of laws*, Chicago 1936.

GOODRICH (H.-F.). — *Handbook on the conflict of laws*, Saint-Paul 1927.

LIVERMORE (S.). — *Dissertations on the questions which arise from the contrariety of the positive law of different states and nations*, New-Orléans 1828.

LORENZEN (E. G.). — *Cases on the conflict of laws, selected from the decisions of english and american courts*, 4^e éd., Saint-Paul 1937.

MINOR (R. C.). — *Conflict of laws*, Boston 1901. (Une seconde édition est en préparation).

STORY (J.). — *Commentaries on the conflict of laws*, Boston 1834, 8^e éd. 1883, par M. Bigelow.

STUMBERG (G. W.). — *Principles of conflict of laws*, Chicago 1937.

WHARTON (F.). — *A treatise on the conflict of laws or private international law*, Philadelphia 1872, 3^e éd. 1905 par G. H. Parmelee.

WIGNY (P.). — *Essai sur le droit international privé américain*, Paris 1932.

2. — MONOGRAPHIES ET ARTICLES DE REVUES

BATIFFOL (H.). — *La Cour Suprême des Etats-Unis et le droit international privé*, Rev. Crit. de droit intern. 1936, 597.

— *Remarques sur le fonctionnement de la justice civile aux Etats-Unis*, Bull. Trim. de la Soc. de Législ. comp. 1937, III.

— *Quelques observations sur l'état actuel du fédéralisme aux Etats-Unis*. Rapport fait à l'Institut de droit comparé de Paris, le 23 février 1937 (à paraître dans les Annales de l'Institut de droit comparé, année 1937).

BEALE (J. H.). — *What law governs the validity of a contract*, 23 Harv. L. Rev. 260 (1910).

— *Social Justice and business costs*, 49 Harv. L. Rev. 593 (1936).

— *The conflict of laws (1886-1936)*, 50 Harv. L. Rev. 887 (1937).

BROCKELBANK (W.). — *La formation du mariage aux Etats-Unis*, Paris 1935.

CAVERS (D. F.). — *A critique of the choice of law problem*, 47 Harv. L. Rev. 173 (1933).

COOK (W. W.). — *The logical and legal basis of the conflict of laws*, 33, Yale L. J. 457 (1924).

— « Substance » and « procedure » in the conflict of laws, 42 Yale L. J. 333 (1933).

DODD (E. M.). — *The power of the Supreme Court to review state decisions in the field of the conflict of laws*, 39 Harv. L. Rev. 533 (1926).

DUBOIS (A. B.). — *The significance in the conflict of laws of the distinction between interstate and international transactions*, 17 Minn. L. Rev. 361 (1932).

- GOODRICH (H. F.). — *Public policy in the law of conflict of laws*, 36 W. Va L. Q. 156 (1930).
- GREEN (E.). — *The New-York rule as to the law governing the validity of contracts*, 12 Corn. L. Q. 286 (1926).
- HEILMAN (R. J.). — *Judicial methods and economic objectives in conflict of laws*, 43 Yale L. J. 1082 (1934).
- *Treatment of capacity in conflict of laws cases*, 32 W. Va. L. Q. 102 (1926).
- HINRICHSSEN (A.). — *Die lex loci contractus in amerikanischen international privatrecht*, Heidelberg (1933).
- JEANPRÊTRE (R.). — *Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles selon la jurisprudence et la doctrine aux Etats-Unis*, Paris 1936.
- KUHN (A.). — *La conception du droit international privé, d'après la doctrine et la pratique aux Etats-Unis d'Amérique*, Rec. des Cours de l'Acad. de droit intern. 928.1. p. 193 et s.
- *Comparative commentaries on private international law or Conflict of laws*, New-York 1937.
- LORENZEN (E. G.). — *The Renvoi theory and the application of foreign law*, 10 Col. L. Rev. 327 (1910).
- *The validity of wills, deeds and contracts in the conflict of laws*, 20 Yale L. J. 427 (1911).
- *The Renvoi doctrine in the conflict of laws*, 27 Yale L. J. 509 (1918).
- *The conflict of laws relating to bills and notes*, New Haven 1919.
- *The theory of qualifications and the conflict of laws*, 20 Col. L. Rev. 247 (1920).
- *The validity and effect of contracts in the conflict of laws*, 31 Yale L. J. 53 (1921).
- *The Statute of Frauds and the conflict of laws*, 32 Yale L. J. 311 (1923).
- *Territoriality, public policy and the conflict of laws*, 33 Yale L. J. 736 (1924).
- *Le droit international privé des Etats-Unis d'Amérique*, trad. Goulé, Répertoire de droit interantional De Lapradelle et Niboyet, Vol. VI (1930), p. 269 et s.

- *Story's Commentaries on the conflict of laws — One hundred years after*, 48 Harv. L. Rev. 15 (1934), trad. dans la Rev. crit. de droit intern. 1937 p. 1 et s. et p. 393 et s.
- *The restatement of the conflict of laws*, 83 U. Pa. L. Rev. 555 (1935), en collaboration avec M. Héilman.
- MC CLINTOCK (H. L.). — *Conflict of laws as to contracts — Minnesota decisions*, 10 Minn. L. Rev. 498 (1926).
- *Conflict of laws as to contracts — The restatement and Minnesota decisions compared*, 13 Minn. L. Rev. 538 (1929).
- *Distinguishing « substance » and « procedure » in the conflict of laws*, 78 U. Pa. L. Rev. 933 (1930).
- MADRAY (G.). — *Des contrats d'après la récente codification privée faite aux Etats-Unis d'Amérique. Etude comparée de droit américain et de droit français*, Paris 1936.
- NOLDE (B.). — *La codification du droit international privé aux Etats-Unis d'Amérique*, Nouvelle Rev. de droit intern. privé 1936, p. 7 et s.
- NUSSBAUM (A.). — *Gold Clause abrogation*, 44 Yale L. J. 53 (1934).
- SCHREIBER (E. O.). — *The doctrine of the Renvoi in anglo-american law*, 31 Harv. L. Rev. 523 (1938).
- STUMBERG (G. W.). — *Conflict of laws-Foreign created rights*, 8 Tex. L. Rev. 173 (1930).
- *Conflict of laws-Validity of contracts, Texas decisions*, 10 Tex. L. Rev. 163 (1932).
- WIGNY (P.). — *Le restatement américain de droit international privé*, Rev. crit. de droit intern. 1936 p. 67 et s.

II. — Droit anglais

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

- BATY (T.). — *Polarized law*. Trois conférences de droit international privé faites à Londres, Londres 1914.
- BURGIN (E. L.), and FLETCHER (E. G. M.). — *Students conflict of laws*. Résumé du traité de Dicey, Londres 1928, 2^e éd. 1934.

- CHESHIRE (G. C.). — *Private international law*, Oxford 1935.
- DICEY (A. V.). — *A Digest of the law of England with reference to the conflict of laws*, Londres 1896, 5^e éd. par A. B. Keith 1932.
- FOOTE (J. A.). — *A concise treatise on Private international law, based on the decisions of English courts*, Londres 1878 5^e éd. 1925, par Hugh L. Bellot.
- HARRISON (F.). — *On Jurisprudence and the conflict of laws*, Oxford 1919.
- HIBBERT (W. N.). — *International private law or the conflict of laws*, Londres 1918, 2^e éd. 1927.
— *Leading cases in conflict of laws*, Londres 1931.
- JOHNSON (W. S.). — *Conflict of laws with special reference to the law of the Province of Quebec*, 3 vol. Montreal 1933-1937.
- WESTLAKE (J.). — *A treatise on Private international Law or the conflict of laws*, Londres 1858, 7^e éd. par Normand Bentwitch 1927.

2. — MONOGRAPHIES ET ARTICLES DE REVUES

- ABBOT (E. H.). — *Is the Renvoi a part of the Common Law?* 24 Law Q. Rev. 37 (1909).
- ALLEN (C. K.). — *Status and capacity*. 46 L. Q. Rev. 277 (1931).
- BATE (A.). — *Notes on the doctrine of Renvoi in Private international law* (1904).
- BELLOT (Hugh. L.). — *La théorie anglo-saxonne des conflits de lois*, Rec. des Cours de l'Académie de droit intern. 1924, II, 171 et s.
- CHENG (F. T.). — *The rules of private international determining capacity to contract*, Thèse Londres 1916.
- CHESHIRE (G. C.). — *Private international law — Survey of English Law* (1895-1935), 51 L. Q. Rev. 76 et s. (1935).
- COHEN (A.). — *Des contrats faits par correspondance en droit français, en droit anglais et en droit anglo-américain*. Thèse Paris 1921.
- COLOMBOS (C. J.). — *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique britannique*, Rec. des Cours de l'Acad. de droit intern. 1931, II, p. 1 et s.

- DICEY (A. V.). — *Private international law*, 28 L. Q. Rev. 341 (1912).
- ELKIN (E.). — *La doctrine du renvoi dans le droit anglais*, Clunet 1931, 577.
- FALCONBRIDGE (J. D.). — *Legislative power—Conflict of laws—Characterization of parental consent to marriage of minor*, 13 Can. B. Rev. 42 (1935).
- *Characterization in the conflict of laws* (1937), 53 L. Q. Rev. 235.
- *Conflict of laws : examples of characterization*, 15 Can. B. Rev. 215 (1937).
- GRAVESON (R. H.). — *The doctrine of evasion of the law in England and America*, Soc. J. Comp. Legisl. and Intern. Law 1937, 31.
- HARRISON (F.). — *Le droit international privé ou le conflit des lois, au point de vue historique, particulièrement en Angleterre*, Clunet 1880, 417 et s., 532 et s.
- LÉVY-ULLMANN. — *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais*, Annales de droit commercial 1920-1921, p. 279 et s., 1922 p. 41 et s.
- MANN (F. A.). — *Proper law and illegality in private international law*, Brit. Y. Book 1937, p. 97.
- MORRIS (J. H. C.). — *Capacity to make a marriage Settlement in English private international law*, 54 L. Q. Rev. 78 (1938).
- MENDELSON BARTHOLDY (A.). — *Renvoi in modern English law*, Oxford 1937, édité par M. Cheshire.
- STRAUSS (A.). — *L'esprit du contrat en droit anglais*, Thèse Paris 1931.
- WINDFIELD (P. H.). — *Public policy in the Common Law*, 42 Harv. L. Rev. 76 (1928).

III. — Droit français

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ARMINJON (P.). — *Nature, objet et portée des règles de droit international*. Paris 1920.
- *Précis de droit international privé*, 3 vol. Paris 1925-31 ; 2^e éd., 2 vol. Paris 1927-34.

- AUDINET (E.). — *Principes élémentaires de droit international privé à l'usage des étudiants en droit*. Paris 1894, 2^e éd. Paris 1906.
- BARD (A.). — *Précis de droit international : droit pénal et droit privé*. Paris 1883.
- BARTIN (E.). — *Etude de droit international privé*. Paris 1899, p. 284.
- *Principes de droit international privé, selon la loi et la jurisprudence française*. 3 vol. Paris 1930, 1932, 1935.
- BROCHER (C.). — *Nouveau traité de droit international privé, au double point de vue de la théorie et de la pratique*. Paris 1876.
- *Cours de droit international privé*. Paris 1882.
- DE LAPRADELLE (A.) et NIBOYET (J. P.). — *Répertoire de droit international* 10 vol. Paris 1929-1931. Supplément Paris 1934.
- DESPAGNET (F.). — *Précis de droit international privé*. Paris 1886. 5^e éd. (par C. de Boeck) Paris 1909.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.). — *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois*. Paris 1905.
- DONNEDIEU DE VABRES (J.). — *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du 20^e siècle*. Paris 1937.
- FOELIX (E.). — *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*. Paris 1843 ; 3^e éd. (par Demangeat), 2 vol. Paris 1866.
- LAINÉ (A.). — *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*. 2 vol. Paris 1889-92.
- *La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit international privé*. Paris 1905.
- *Cours de droit international privé* recueilli par Camille Jordan. Manuscrit n^o 177. Biblioth. Fac. de Droit de Paris.
- LAURENT (F.). — *Droit civil international*, 8 vol. Bruxelles et Paris 1880-81.

- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.). — *Précis de droit international privé*, Paris 1928 ; 3^e éd. Paris 1937.
- LÉVY-ULLMANN. — *Cours de droit civil approfondi (Doctorat)*. Sténographie publiée par les « Cours de Droit » (1927-1928).
- *Cours de droit international privé (Licence)*. Sténographie publiée par les « Cours de Droit » (1931-1932).
- *Cours de droit international privé (Doctorat)*. Sténographie publiée par les « Cours de Droit » (1934-1935).
- LOMBARD (T.). — *Essai de synthèse de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*. Thèse Aix-en-Provence 1935.
- MAILHER DE CHASSAT (A.). — *Traité des statuts*. Paris 1845.
- NIBOYET (J. P.). — *Précis élémentaire de droit international privé*. Paris 1928. 3^e éd. publiée sous le titre : « Notions sommaires de droit international privé », Paris 1937.
- *Manuel de droit international privé*. Paris 1928. (2^e éd. du Manuel de A. Pillet et J. P. Niboyet (1924), d'après la même méthode). Supplément 1936.
- *Cours de droit international privé (Licence)*. Sténographie publiée par les « Cours du Droit ». Années : 1935-1936 et 1936-1937.
- PILLET (A.). — *Principes de droit international privé*. Paris 1903.
- *Traité pratique de droit international privé*, 2 vol. Paris 1923-1924.
- PILLET (A.). et NIBOYET (J. P.). — *Manuel de droit international privé à l'usage des étudiants de licence*. Paris 1924.
- ROLIN (A.). — *Principes de droit international privé et application aux diverses matières du Code civil*, 3 vol. Paris 1897.
- SURVILLE (F.) et ARTHUYS (F.). — *Cours élémentaire de droit international privé*. Paris 1890. 7^e éd. Paris 1925.
- VALÉRY (J.). — *Manuel de droit international privé*, Paris 1914.
- VAREILLES-SOMMIÈRES. — *La synthèse du droit international privé*, 2 vol. Paris 1897.
- WEISS (A.). — *Traité élémentaire de droit international privé*. Paris 1892-1905 ; 2^e éd. 6 vol. Paris 1907-1913.

- *Manuel de droit international privé*, Paris 1895 ; 9^e éd. Paris 1925.

2. — OUVRAGES SPÉCIAUX ET MONOGRAPHIES

- AUBRY (E.). — *L'incapacité de la femme mariée en droit international privé*. Thèse Paris 1933.
- AUDINET (A.). — *Du conflit des lois impératives ou prohibitives en matière de contrats*. Thèse Poitiers 1922.
- AUDINET (E.). — *Domaine et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats à titre onéreux*. Mélanges Pillet vol. 1 (1929), p. 57-87.
- BALOGH (E.). — *Le rôle du droit comparé dans le droit international privé*. Recueil des Cours de l'Académie de droit international 1936. Vol. III p. 671 et s.
- BARTIN (E.). — *Une conception nouvelle de l'empire de la loi locale par opposition à la loi personnelle*. Recueil des cours de l'Académie de droit international 1935, vol. II p. 587 et s.
- BATIFFOL (H.). — *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*. Thèse Paris 1929.
- CALEB (M.). — *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*. Thèse Strasbourg 1927.
- DESBOIS (H.). — *La notion de la fraude à la loi et la jurisprudence française*. Thèse Paris 1927.
- DREYFUS (G.). — *L'acte juridique*. Thèse Paris 1905.
- DUGUIT (L.). — *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes*. Thèse Bordeaux 1882.
- ELIESCO (M.). — *Essai sur les conflits de lois dans l'espace, sans conflit de souveraineté*. (Les conflits d'annexion). Thèse Paris 1925.
- FEBVRE (A.). — *De la forme des actes en droit international*. Thèse Paris 1885.
- GÉRARDIN (H.). — *De la loi applicable en vertu de l'autonomie des parties contractantes*. Thèse Paris 1919.
- GODEFROY (P.). — *Du conflit des lois relativement à la capacité des étrangers en France*. Thèse Paris 1884.

- GOUNOT (E.). — *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*. Thèse Dijon 1912.
- JARASSÉ (A.). — *De la substance et des effets des conventions en droit international privé*. Thèse Poitiers 1886.
- LESCHALLIER DE LISLE (J.). — *Les notions de paiement international en droit international privé*. Thèse Rennes 1936.
- MICHEL (R.). — *Essai sur le domaine de l'autonomie de la volonté dans les conflits de lois relatifs aux contrats*. Thèse Aix 1933.
- NIBOYET (J. P.). — *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et de Lorraine*. Paris 1922.
- *La théorie de l'autonomie de la volonté*. Recueil des Cours 1927. I p. 5 et s.
- *Considérations sur quelques idées actuelles, en France, en matière de conflit des lois*. Mélanges Mahaim (1935). Vol. 2 p. 663 et s.
- OLIVE (L.). — *Etude sur la théorie de l'autonomie de la volonté en droit international privé*. Thèse Bordeaux 1899.
- PENCIULESCO (N.). — *La Monnaie du paiement dans les contrats internationaux*. Thèse Paris 1937.
- REISS (J.). — *Portée internationale des lois interdisant la clause or*. Thèse Paris 1936.
- SILZ (E.). — *Du domaine d'application de la règle « locus regit actum »*. Thèse Paris 1929, 2^e éd. 1933.
- STEFANESCO (L. N.). — *De l'interprétation de la volonté des parties*. Thèse Paris 1905.
- VAUTHIER (M.). — *Sens et application de la règle « locus regit actum »*. Bruxelles 1926.

3. — NOTES ET ARTICLES DE REVUE

- ARMINJON (P.). — *Les formes des actes en droit international privé*. Rev. de droit intern. privé 1925 p. 489 et s., 1926 p. 161 et s.
- *La preuve en droit international privé*. Rev. de droit intern. privé 1929 p. 385 et s.
- AUDINET (A.). — *La loi applicable à la capacité de la femme mariée*. Rapport présenté au Comité français de droit

international privé (à paraître dans les travaux du comité français de droit international privé. Année 1936-1937).

— *L'évolution du droit international privé ; la loi nationale et la loi du domicile.* Clunet 1934, 295.

BATIFFOL (H.). — *Chronique de Jurisprudence française en matière de conflit des lois.* Rev. Crit. de droit intern. 1934 p. 607 et s., 1935 p. 613 et s., 1937 p. 419 et s., p. 682 et s.

CRÉMIEU (L.). — *L'extension du rôle du domicile dans les règlements des conflits des lois.* Rev. de droit intern. privé 1932, p. 341.

DESPAGNET (F.). — *La règle « locus regit actum » et l'ordre public.* Rev. pratique de droit intern. privé 1890-1891, p. 52-66.

HAMEL (J.). — *L'application des lois monétaires annulant les clauses or et les principes du conflit des lois.* Nouvelle Rev. de droit internat. privé, 1937, p. 499 et s.

JORDAN (C.). — *Quelques considérations sur les conditions de l'application aux étrangers de leurs lois nationales, en matière d'Etat et de capacité, sur le système du Renvoi.* Rev. de droit intern. privé 1922-1923, p. 672 et s.

KAYSER (P.). — *L'autonomie de la volonté en droit international privé dans la jurisprudence française.* Clunet 1931, p. 32 et s.

LAINÉ (A.). — *Esquisse d'une théorie de la forme des actes instrumentaires en droit international privé.* Clunet 1908, p. 321 et s. et p. 674 et s.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.). — *Observations sur la question du Renvoi.* Clunet 1924, p. 877 et s.

— Note sous Paris 9 fév. 1931, D. 1931.II.34.

LOUIS-LUCAS (P.). — *Remarques sur l'ordre public.* Rev. de droit intern. privé 1933, p. 393 et s.

— *L'impérieuse territorialité du droit.* Rev. crit. de droit internat. 1935, p. 633 et s.

MAURY (J.). — *La lésion dans les contrats.* Rev. crit. droit intern. 1936, p. 344.

- NIBOYET (J.-P.). — *Des conflits de lois relatifs au paiement depuis la dernière guerre, d'après la jurisprudence française.* Rev. de droit intern. privé 1925, p. 161 et s.
- *Des modifications à apporter au statut des français en pays étranger et des étrangers en France.* Rev. de droit intern. privé 1929, p. 193 et s.
- PERROUD (J.). — *De l'extension extra-territoriale des lois de police, comme conséquence de l'autonomie de la volonté.* Clunet 1906, p. 633 et s.
- *De la loi applicable aux conditions de validité des contrats.* Clunet 1933, p. 289.
- PRUDHOMME (André). — *De la règle « le lieu de paiement détermine la nature de la monnaie ».* Clunet 1925, p. 865.
- SZASZY (E.). — *La théorie de l'autonomie de la volonté dans les obligations en droit international privé.* Rev. crit. de droit intern. 1934, p. 676 et s.
- WIGNY. (P.). — *La règle de conflit applicable aux contrats. Une solution transactionnelle.* Rev. de droit intern. et de législ. comparée 1933, p. 677 et s.

4. — ASSOCIATIONS ET CONGRÈS

- Association de droit international.* — Session de Vienne de 1926. Rev. de droit intern. privé 1927, p. 315.
- Comité français de droit international privé français.* — Rapport présenté le 5 février 1934 au Comité français de droit international privé par M. P. LOUIS-LUCAS sur « la territorialité du droit et les tendances nouvelles en ce sens ». (Travaux du Comité français de droit international privé 1934, p. 13 et s.).
- Rapport présenté le 12 mars 1934 par M. H. BATIFFOL « sur la capacité de contracter ». (Travaux du Comité français de droit intern. privé 1934, p. 21 et s.).
- Rapport présenté le 13 mai 1935 par M. BATIFFOL sur « la capacité du commerçant en France ». (Trav. du Comité français de droit intern. privé 1935, p. 132).
- Rapport présenté le 23 mars par M. MAURY, sur « la loi

- applicable à la lésion dans les contrats ». (Trav. du Comité français de droit intern. privé 1935-1936, p. 70).
- Rapport présenté le 8 avril 1937 par M. A. AUDINET, sur « la loi applicable à la capacité de la femme mariée » (à paraître dans les Travaux du Comité français de droit international privé. Année 1936-1937).
 - Rapport présenté le 24 janvier 1938 par M. BATIFFOL, sur « le profit à tirer en France des règles américaines des conflits de lois sur les contrats » (à paraître dans les Trav. du Com. franç. de droit intern. privé. Année 1937-1938).

Institut de droit international. — Session d'Edimbourg 1904. Ann. Inst. dr. intern. vol. 20, p. 132 et s.

— Session de Florence 1908. Ann. Inst. dr. intern. vol. 22, p. 55 et s.

— Session de La Haye 1925. Ann. Inst. dr. intern. vol. 32, p. 501 et s.

— Session de Lausanne 1927. Ann. Inst. dr. intern. vol. 33, p. 169 et s. et p. 335 et s.

— Session de Cambridge 1931. Ann. Inst. dr. intern. vol. 361, p. 163 et s.

— Session d'Oslo 1932. Ann. Inst. dr. intern. vol. 37, p. 186 et s.

Société d'Etudes législatives. — Projet de loi sur la capacité des étrangers en France. (Bulletin de la Soc. d'Etudes législ. 1928, p. 340 et s.).

IV. — Ouvrages et articles d'autres pays

BUSTAMENTE (A. S. De). — *Le Code de droit international privé et la VI^e Conférence américaine*, traduit par P. GOULÉ, Paris 1929.

FRANKENSTEIN (E.). — *Internationales Privatrecht*, vol. 1, Berlin 1928.

HAUDEK (W.). — *Die bedeutung des parteiwillens im internationalem Privatrecht*, Berlin 1931.

LEWALD (H.). — *Obligations en droit international privé alle-*

- mand*, Répertoire DE LAPRADELLE et NIBOYET, vol. X 1931.
- MAYER (G.). — *Zur parteieutonomie als kollisionsnorm*, 44 Niermeyer's Zeitschrift 103 (1931).
- POULLET (P.). — *Manuel de droit international privé belge*, Paris 1925, 2^e éd. 1928.
- RHEINTEIN (M.). — *Comparative law and conflict of laws in Germany*, 2 U. Chig. L. Rev. 232 (1935).
- ROGUIN (E.). — *Conflits des lois suisses en matière internationale et intercantonale*, Lausanne 1891.
- SAVIGNY (F.). — *System des heutigen römischen Rechts*, vol. VIII Berlin 1849, trad. franç. par GUENOUX, sous le titre : « *Traité de droit romain* ».
- WOLFF (K.). — *Note sous l'arrêt du Reichsgericht du 28 mai 1936*, Clunet 1936.963.
- WOLFF (M.). — *Internationales Privatrecht*, Berlin 1933.
- *The choice of law by the parties in international contracts*, The Juridical Rev. 1937, p. 110 et s.
-

PLAN DE L'OUVRAGE

INTRODUCTION	II
LIVRE PREMIER. — Exposé des droits américain et anglais	31
PREMIÈRE PARTIE. — LES RÈGLES DE CAPACITÉ.	32
TITRE I. — Le droit américain	35
TITRE II. — Le droit anglais	55
DEUXIÈME PARTIE. — LES RÈGLES DE FORME....	85
TITRE I. — Le droit américain	87
TITRE II. — Le droit anglais	100
TROISIÈME PARTIE. — LA SUBSTANCE DU CONTRAT (Conditions de fond et effets)	111
TITRE I. — Le droit américain	113
TITRE II. — Le droit anglais	169
CONCLUSION DU LIVRE PREMIER	195
LIVRE II. — Parallèle entre les droits américain et anglais et le droit français. Comparaison critique	205
PREMIÈRE PARTIE. — LES PRINCIPES ENTRAINANT L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE	209
DEUXIÈME PARTIE. — LES PRINCIPES LIMITANT L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE	245
TROISIÈME PARTIE. — LES RÉSULTATS	289
CONCLUSION DU LIVRE II	316
CONSIDÉRATIONS FINALES	321

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	II
I. — Importance de l'étude des règles de conflit de lois en matière de contrats	II
II. — Les problèmes qui se posent en droit fran- çais	II
A. — L'application de la loi nationale à la capacité.	
B. — La règle <i>Locus regit actum</i> pour les conditions de forme.	
C. — Le principe de l'autonomie de la volonté pour les conditions de fond et les effets du contrat.	
III. — Nécessité d'une étude comparative	16
IV. — Raisons du choix, pour notre étude, du droit américain et du droit anglais.....	17
V. — Moment favorable à l'étude de ces deux droits	21
VI. — Différences entre le droit américain et le droit anglais dans le caractère de la doc- trine. — Explication de ces différences ..	22
VII. — Différences entre le droit américain et le droit anglais dans les solutions de la jurisprudence. Explication de ces diffé- rences	26
VIII. — Méthode et plan de l'étude	27

LIVRE PREMIER. — Exposé des droits améri- cain et anglais	31
PREMIERE PARTIE. — Les règles de capacité.....	33
TITRE PREMIER. — Le droit américain	35
CHAPITRE PREMIER. — LE DÉVELOPPEMENT DU PRIN- CIPÉ DE COMPÉTENCE DE LA LOI DU CONTRAT.....	37
CHAPITRE II. — LES LIMITES AU PRINCIPE DE COMPÉ- TENCE DE LA LOI DU CONTRAT : L'ÉLIMINATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE EN VERTU DE L'ORDRE PUBLIC	45
SECTION I. — <i>Condition relative au domicile du contractant</i>	46
SECTION II. — <i>Condition relative à la nature de l'incapacité dont est frappé le contractant</i>	48
TITRE II. — Le droit anglais	55
CHAPITRE PREMIER. — LE DÉVELOPPEMENT DU PRIN- CIPÉ DE COMPÉTENCE DE LA LOI DU DOMICILE	57
SECTION I. — <i>La période antérieure à 1860 : l'ap- plication de la lex loci contractus</i>	58
SECTION II. — <i>La période comprise entre 1860 et 1908 : la consécration de la loi du domicile ..</i>	63
SECTION III. — <i>La période postérieure à 1908 : la régression de la loi du domicile</i>	69
CHAPITRE II. — LES LIMITES AU PRINCIPE DE COMPÉ- TENCE DE LA LOI DU DOMICILE	72
SECTION I. — <i>Le caractère relatif de la loi du domi- cile lorsqu'elle conduit à l'application de la loi étrangère</i>	72

SECTION II. — <i>La loi du domicile écartée en faveur de la loi du lieu de conclusion, dans les contrats d'affaires</i>	76
DEUXIÈME PARTIE. — Les règles de forme	85
TITRE PREMIER. — <i>Le droit américain</i>	87
CHAPITRE PREMIER. — LE DÉVELOPPEMENT DU PRINCIPLE DE COMPÉTENCE DE LA LOI DU CONTRAT...	89
CHAPITRE II. — LES LIMITES AU PRINCIPLE DE COMPÉTENCE DE LA LOI DU CONTRAT	94
TITRE II. — <i>Le droit anglais</i>	100
CHAPITRE PREMIER. — LE DÉVELOPPEMENT DU PRINCIPLE DE COMPÉTENCE DE LA LOI LOCALE DU CONTRAT	101
SECTION I. — <i>La période antérieure à 1862 : la loi locale du contrat appliquée à l'exclusion de toute autre loi, comme un principe juridique obligatoire</i>	103
SECTION II. — <i>La période postérieure à 1862 : la loi locale du contrat appliquée utilitatis causa à défaut d'intention contraire des parties</i>	104
CHAPITRE II. — LES LIMITES AU PRINCIPLE DE COMPÉTENCE DE LA LOI LOCALE DU CONTRAT	107
TROISIÈME PARTIE. — La substance du contrat (conditions de fond et effets)	111
TITRE PREMIER. — <i>Le droit américain</i>	113
J.-P. B.	23

CHAPITRE PREMIER. — LES SYSTÈMES DE LA DOC-

TRINE 114

SECTION I. — *Le système de Story* 115SECTION II. — *Le système du Professeur Beale*
(adopté dans le Restatement du droit interna-
tional privé) 118SECTION III. — *Le système du Professeur Lo-*
renzen 125

CHAPITRE II. — LES SOLUTIONS DE LA JURIS-

PRUDENCE 130

SECTION I. — *La détermination de la loi du contrat*
lorsque les parties ont manifesté leur volonté .. 134SECTION II. — *La détermination de la loi du con-*
trat, lorsque les parties n'ont pas manifesté leur
volonté 143§ 1. — Les conditions dans lesquelles le con-
trat a été conclu et exécuté 149§ 2. — Le fait que l'une des deux lois fait pro-
duire des effets du contrat, à l'exclusion de
l'autre 152

§ 3. — La nature du contrat 153

SECTION III. — *Les limites de l'application de la loi*
du contrat 155§ 1. — Questions échappant à la compétence
normale de la loi du contrat 1551° Questions rattachées à la *lex loci solutionis* 1552° Questions rattachées à la *lex fori* 157§ 2. — La loi du contrat écartée au nom de
l'ordre public 1591° L'ordre public de la *lex fori* 159

2° L'ordre public de la loi étrangère 163

A. — L'ordre public de la <i>lex loci contractus</i> ..	164
B. — L'ordre public de la <i>lex loci solutionis</i> ..	167
TITRE II. — <i>Le droit anglais</i>	169
CHAPITRE PREMIER. — LA DÉTERMINATION DE LA LOI DU CONTRAT LORSQUE LES PARTIES ONT MANIFESTÉ LEUR VOLONTÉ	173
CHAPITRE II. — LA DÉTERMINATION DE LA LOI DU CONTRAT LORSQUE LES PARTIES N'ONT PAS MANIFESTÉ LEUR VOLONTÉ	178
SECTION I. — <i>Arrêts ayant appliqué la lex loci contractus</i>	178
SECTION II. — <i>Arrêts ayant appliqué la lex loci solutionis</i>	181
CHAPITRE III. — LES LIMITES A L'APPLICATION DE LA LOI DU CONTRAT	185
SECTION I. — <i>Questions échappant à la compétence normale de la loi du contrat</i>	185
SECTION II. — <i>La loi du contrat écartée au nom de l'ordre public</i>	188
CONCLUSION DU LIVRE PREMIER	195
I. — Comparaison du droit américain et du droit anglais en matière de capacité	195
II. — Comparaison du droit américain et du droit anglais en matière de forme	198
III. — Comparaison du droit américain et du droit anglais dans le domaine des conditions de fond et des effets du contrat	200
VI. — Conclusion générale se dégagant de la	

comparaison du droit américain et du droit anglais. Les différences qui séparent ces deux droits, quant à la loi applicable à la capacité et aux formes, résultent de l'opposition entre le caractère interétatique du conflit des lois aux Etats-Unis et son caractère international en Angleterre.....	201
LIVRE II. — Parallèle entre les droits américain et anglais et le droit français. Comparaison critique	205
PREMIÈRE PARTIE. — Les principes entraînant l'application de la loi étrangère	209
CHAPITRE PREMIER. — LES PRINCIPES DE COMPÉTENCE SUIVIS EN MATIÈRE DE CAPACITÉ	211
SECTION I. — <i>Le choix de la loi personnelle</i>	212
SECTION II. — <i>Le domaine d'application de la loi personnelle</i>	216
CHAPITRE II. — LES PRINCIPES DE COMPÉTENCE SUIVIS EN MATIÈRE DE FORME	222
SECTION I. — <i>Le titre auquel intervient la loi locale du contrat</i>	222
SECTION II. — <i>Le domaine d'application de la loi locale du contrat</i>	226
§ 1. — Formes soumises à la loi locale du contrat en droit anglais et non en droit français.	226
§ 2. — Formes soumises à la loi locale du contrat en droit français et non en droit anglais.	228

CHAPITRE III. — LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ SUIVI DANS LE DOMAINE DE CONDITIONS DE FOND ET DES EFFETS DU CONTRAT	230
SECTION I. — <i>La conception du principe de l'auto- nomie de la volonté</i>	234
SECTION II. — <i>Le domaine d'application du prin- cipe de l'autonomie de la volonté</i>	239
DEUXIÈME PARTIE. — Les procédés limitant l'applica- tion de la loi étrangère	245
CHAPITRE PREMIER. — LES PROCÉDÉS UTILISÉS EN MATIÈRE DE CAPACITÉ	247
SECTION I. — <i>Procédés limitant l'application de la loi étrangère en vue d'étendre la protection de l'incapable</i>	247
§ 1. — le renvoi	248
§ 2. — la fraude à la loi	258
§ 3. — l'ordre public	261
SECTION II. — <i>Procédés limitant l'application de la loi étrangère en vue d'étendre la protection des tiers</i>	265
§ 1. — Le jeu des qualifications	265
§ 2. — La jurisprudence de l'intérêt national..	267
§ 3. — La théorie du mandat domestique	273
CHAPITRE II. — LES PROCÉDÉS UTILISÉS EN MATIÈRE DE FORME	278
SECTION I. — <i>La fraude à la loi</i>	279
SECTION II. — <i>L'ordre public</i>	280
CHAPITRE III. — LES PROCÉDÉS UTILISÉS DANS LE	

DOMAINE DES CONDITIONS DE FOND ET DES EFFETS	
DU CONTRAT	282
SECTION I. — <i>La fraude à la loi</i>	283
SECTION II. — <i>L'ordre public</i>	285
TROISIÈME PARTIE. — Les résultats	289
CHAPITRE PREMIER. — LES RÉSULTATS EN MATIÈRE	
DE CAPACITÉ	291
SECTION I. — <i>La régression de la loi nationale et les progrès de la loi du domicile</i>	293
SECTION II. — <i>La régression de la loi nationale et les progrès de la loi du lieu de conclusion du contrat</i>	294
CHAPITRE II. — LES RÉSULTATS EN MATIÈRE DE	
FORME	299
SECTION I. — <i>Le contrat est passé dans les formes de la loi locale</i>	299
SECTION II. — <i>Le contrat est passé dans des formes non admises par la loi locale</i>	301
CHAPITRE III. — LES RÉSULTATS DANS LE DOMAINE	
DES CONDITIONS DE FOND ET DES EFFETS DU CONTRAT. .	304
SECTION I. — <i>La détermination de la loi du contrat lorsque les parties ont manifesté leur volonté</i> ..	304
SECTION II. — <i>La détermination de la loi du contrat, lorsque les parties n'ont pas manifesté leur volonté</i>	310
CONCLUSION DU LIVRE II	316
I. — Comparaison du droit américain et du droit	

français. — Différences que révèle cette comparaison dans la technique des systèmes. — Elles s'expliquent par l'influence de la distinction des conflits interétatiques des conflits internationaux. — Le rapprochement des deux droits dans leurs résultats	316
II. — Comparaison du droit anglais et du droit français. — Différences que révèle cette comparaison dans la technique des systèmes. — Elles s'expliquent par l'influence qu'ont exercée en France les idées italiennes de la personnalité des lois, restées au contraire étrangères au droit anglais. — Le rapprochement des deux droits dans leurs résultats	318
III. — Raison d'être du rapprochement dans leurs résultats, des droits américain, anglais et français : la prise en considération par la jurisprudence, de certains besoins communs, correspondant aux exigences du commerce privé international	319
IV. — Enseignement et profit à tirer de cette Jurisprudence du point de vue de la méthode en droit international privé	320
CONSIDÉRATIONS FINALES.	321
Liste des décisions de jurisprudence citées au cours de l'ouvrage	325
BIBLIOGRAPHIE ANALYTIQUE	335

CAEN

CARON ET C^{ie}, IMPRIMEURS

34, RUE DEMOLOMBE

